UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DU SERMENT PROMISSOIRE

EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le samedi 9 juillet 1921

PAR

M. CHEVRIER

Président : M. F. DESSERTEAUX, Doyen honoraire, *Professeur.*

Suffragants { MM. GIFFARD, *Professeur.*
PETOT, *Agrégé.*

DIJON

IMPRIMERIE R. DE THOREY

5, RUE DOCTEUR-CHAUSSIER, 5

1921

DU SERMENT PROMISSOIRE

EN DROIT ROMAIN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535709_0025

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

87-97

DU SERMENT PROMISSOIRE

EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le samedi 9 juillet 1921

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

PAR

M. CHEVRIER

Président : M. F. DESSERTEAUX, Doyen honoraire, *Professeur.*

Suffragants { MM. GIFFARD, *Professeur.*
PETOT, *Agrégé.*

DIJON

IMPRIMERIE R. DE THOREY

5, RUE DOCTEUR-CHAUSSIER, 5

1921

ABRÉVIATIONS

J. N. — *Jus naturale.*

R. R. G. — *Römische Rechtsgeschichte.*

S. B. — *Sitzungsberichte der Akademie 1er Wissenschaften zù Berlin.*

N. R. H. — *Nouvelle Revue Historique de Droit français.*

G. I. R. G. — *Græco Italische Rechtsgeschichte.*

Les autres abréviations sont celles employées par M. Girard (*Manuel*, pp. X à XVI). Pour les citations du *Digeste*, voir *op. cit.* p. X.

INTRODUCTION

Nature et emploi du serment promissoire

Cicéron (1) nous a donné une définition célèbre du serment (2). « *Est enim jusjurandum adfirmatio religiosa ; quod autem adfirmate, quasi deo teste promiseris, id tenendum est.* » On peut relever d'après ce texte, trois traits caractéristiques du serment.

C'est d'abord une « *adfirmatio* » : on confirme ou plutôt on donne une nouvelle force à un rapport antérieur ; mais l'*adfirmatio* ne se fait pas par n'importe quel moyen : elle est « *religiosa* » : au sens primitif de cet adjectif, elle lie ; au sens dérivé, elle se fait dans des formes qui enchaînent la volonté des parties, parce qu'elles ont trait à la *religio*, c'est à dire à un ensemble de pratiques relatives au culte des Dieux. Cette « *adfirmatio religiosa* » a un caractère bien déterminé : c'est une promesse faite comme si les Dieux en étaient témoins « *quasi deo teste* », et cette particularité va

(1) *De Officiis*, III, 104. Sur les doutes qui ont pu s'élever sur le point de savoir si cette définition était relative au serment promissoire : Hirzel, *der Eid*, p. 3, note 2.

(2) L'étude de Hirzel citée *supra* est consacrée à l'évolution du serment en général (promissoire, assertoire, décisoire), évolution considérée surtout à un point de vue extrajuridique et relativement à la nature de l'institution dans la mythologie grecque (pp. 90 à 176).

Le serment promissoire comporte non seulement l'obligation à la dation d'une chose, corps certain ou chose de genre, mais encore celle à l'exécution d'un acte par le débiteur. Il a donc pour objet tantôt une *res*, tantôt un *facere*.

donner à l'acte un effet obligatoire : « *quod autem adfirmate, id tenendum est* ».

Plus simplement, saint Augustin (1), quelques siècles plus tard, dira : « *Jurare est firme promittere* » condensant en quelques mots la définition cicéronienne et arrivant à cette conclusion que jurer c'est donner à une promesse la valeur d'un droit en prononçant la formule du serment.

Ce devait être un acte dont l'efficacité était particulièrement remarquable, si l'on veut bien s'en rapporter à Aulû-Gelle (2) : « *Jusjurandum apud Romanos inviolate sancteque habitum servatum est. Id et moribus* (3) *legibusque multis ostenditur* ». Il ne faut sans doute pas prendre à la lettre une pareille affirmation. Des « *leges* » relatives au serment, nous ne savons rien et Cicéron ne nous a laissé qu'un très vague témoignage de son efficacité à l'époque des XII Tables. Des « *mores* », nous connaissons, en particulier, l'exemple fameux de Regulus, symbole de la *fides romana*, peut-être emprunté à la légende. Les historiens, d'autre part, nous relatent d'assez nombreux cas de parjures propres à nous faire douter de l'effet du *jusjurandum* en dehors d'époques où les croyances religieuses sont assez fortes pour faire redouter au coupable éventuel la colère divine.

Le serment eût-il ce caractère exclusivement religieux ?

---

(1) *Enarrat. in Psalm.*, 131, 4.

(2) *Nuits Attiques*, II, 18, 1 ; Cicéron. *De Off.*, III, 31.

(3) Cicéron, *De Off.*, III, 32, nous rapporte l'histoire des 10 prisonniers romains envoyés au Sénat par Hannibal, après la bataille de Cannes, pour négocier le rachat des prisonniers En cas d'échec de leur mission, ils avaient juré de revenir au camp carthaginois. Le Sénat refusa d'accepter la proposition d'Hannibal; neuf des Romains retournèrent en captivité. Un seul resta à Rome et prétendit avoir été délié de son serment. Il arguait, en casuiste expert, qu'il était sorti de Rome, premier acte d'accomplissement du *jusjurandum*, mais qu'ayant oublié certains objets, il y était rentré. N'était-ce point là un cas d'application du *postliminium* ? Le Sénat refusa d'admettre la validité de cet expédient et le renvoya rejoindre ses compagnons d'armes prisonniers « *recte*, dit Cicéron, *fraus enim adstringit, non dissolvit perjurium* ».

Tout porte à le croire. Fût-il après la séparation du *fas* et du *jus* emprunté par celui-ci à la religion et sanctionné par le droit séculier ? Nous n'en rencontrons qu'un seul exemple : celui du *jusjurandum liberti* en matière d'*operæ*. On ne saurait en induire que tous les serments ont eu à l'origine une sanction séculière et il est difficile d'y voir un vestige d'un état juridique antérieur disparu.

Bien au contraire, l'évolution de l'institution nous la montre après la décadence de la vieille religion des Catons et des Scipions descendue du *fas* au rang des simples préceptes des *boni mores*, perdant toute efficacité, sauf en matière d'*operæ liberti*, tandis que peu à peu le contrat *verbis* se substitue à elle par une progression dont les étapes, à vrai dire, nous sont inconnues.

Quels sont les divers emplois du serment promissoire ? Nous ne pouvons que les indiquer brièvement (1) :

a) *Dans les rapports internationaux*, il servira pour la conclusion des traités entre Rome et les peuples étrangers, soit dans le *fœdus* aux formes solennelles, soit dans la *sponsio*, acte plus simple, se passant du concours du fétial.

b) *En droit public*, nous citerons la *renuntiatio* des magistrats élus par les comices, avant leur entrée en charge, l'*ejuratio* ou *j. j. in leges*, à leur sortie ; le serment des soldats, les conventions conclues entre la métropole et ses colonies de *cives*.

c) *En droit privé*, ses usages sont multiples : il confirme une promesse de donation (*Plaute, Bacch., IV*, 9 ;

---

(1) Nous ne faisons qu'énumérer les principaux, sans indication de références, nous contentant, pour le droit public, de renvoyer à Mommsen, *Droit Public* ; Marquardt, *Antiquités romaines*, et aux articles non traduits de Pernice (Sitzungsberichte der Akadémie zù Berlin 1885-1886) et intitulés « zum römischen sakralrecht ».

105), celle de ne pas vendre un objet à une autre personne. *(Pseud.* I, *3, 117)*, celle de récompenser l'indicateur du lieu où se trouve un objet perdu ou volé *(Persa, I, 1, 34 ; III, 2, 3 ; Rudens, V, 2, 35-51)*. Il est également employé en matière de vente à livrer *(Rud. Prol. 45 ; II, 6, 70)* ; le *libertus* le prête pour la prestation des *operæ*, les associés pour se soumettre aux statuts de leur corporation, ce qui d'après Voigt constituerait la *cojuratio*, et anciennement les *nexi* (1) pour éteindre leurs dettes par leur travail et l'héritier envers le testateur.

d) *En procédure*, nous n'en rencontrons qu'un seul exemple : le serment relatif au *vadimonium* où une partie jure à l'autre de « *certo die sisti* » ;

(2) Nous retrouverons ce serment en matière d'*operae*. Voir appendice I.

CHAPITRE PREMIER

Du serment promissoire dans quelques sociétés antiques et spécialement à Rome.

Section I. — Aperçu de droit comparé.

A. — *Le serment promissoire en droit grec.*

Ce sont naturellement les traités d'alliance (1) qui nous fournissent la majeure partie des cas de serment promissoire dans Homère. On y invoque en particulier *Zeus* et *Hélios* — auquel on attribue les épithètes d' « œil de justice » et de « gardien de la foi ». Toutefois, dans la vie courante, les textes nous montrent que l'on prend plus particulièrement à témoin dans chaque cité la Divinité protectrice de la ville (2). Est-il besoin de rappeler le cas d'Athènes et de Pallas ?

La prestation du serment en droit privé et public se fait dans des formes particulièrement solennelles. En Attique, les conventions se concluaient sur la pierre du serment, le λίθος ; en général, elles ont lieu dans un sanctuaire spécialement réservé à cet usage, comme à Athènes le temple d'Aglauros. On y observe certains rites : il faut jurer debout, les yeux au ciel, les mains tendues vers la Divinité prise à témoin, et ces rites sont souvent suivis d'un sacrifice, vieille coutume homéri-

(1) *Iliade*, XXII, 254-255. *Odyssée*, XIV, 393-394. — Leist, *Græco Italische Rechtsgeschichte*, pp. 458 *sq*.

(2) Daremberg et Saglio, v° *Jusjurandum*, p. 748, *in fine*.

que (1), ou bien de l'accomplissement de certains actes symboliques (2) destinés à commémorer l'événement qui s'est accompli et qui peuvent consister dans de simples poignées de main.

Obligatoirement la κατάρα est liée à tout serment promissoire dont elle constitue la sanction ; il n'y a d'ailleurs point pour elle de formule attitrée (3). Mais elle est expressément prévue dans le cérémonial du serment, cérémonial qui a pour but d'en faire ressortir aux yeux des parties l'efficacité éventuelle.

Les exemples de serments promissoires en droit public sont multiples : serments des citoyens et des soldats (4), des héliastes, des magistrats, des archontes, des prêtres, des juges (5) ; serments des ambassadeurs (6) de divers états grecs concluant un pacte d'alliance, sanctionné par la promesse accessoire d'une sorte de *multa* en vue d'une rupture injustifiée. On a même relevé un serment promissoire dans un procès criminel, où le demandeur s'oblige à dire la vérité (7). Mais c'est une hypothèse contestée. Toutefois, un serment analogue à celui que l'on veut voir dans le *vadimonium* romain a lieu dans la procédure de l'*antidosis* (8).

Cependant, la véritable importance du serment apparaît principalement en droit grec, dans les actes de la vie privée. Si celui des médecins, d'après la célèbre formule d'Hippocrate (9), appartient encore au droit public, nous trouvons notre institution usitée pour donner plus d'authenticité et de force aux contrats privés ; elle sanc-

---

(1) *Iliade*, XIV, 264-266 ; III, 295-301.
(2) *Iliade*, II, 341 ; IV, 154-159.
(3) Exemples de formules dans Daremberg, *ibid*, p. 752.
(4) Daremberg, *ibid.*, p. 753.
(5) *Id.* p. 755, 757, 758, 759.
(6) Leist, *op. cit.*, pp. 518, 519.
(7) Daremberg, p. 762.
(8) *Id.* p. 764.
(9) *Id.* p. 766.

tionne en effet les actes de partage, les règlements de succession, les pactes, les contrats de prêt, de location, de baux emphythéotiques, les contrats d'achat et de vente que Théophraste nous apprend avoir été rendus obligatoires par elle. De curieuses coutumes se créent ; à Halicarnasse, par exemple, les acquéreurs de biens mis en vente par les temples doivent se faire assurer une propriété perpétuelle par les Dieux ; aussi exigent-ils des néopes (1) qui entrent successivement en charge un serment promissoire de garantie, formalité nécessaire, car s'il n'a pas lieu, le magistrat refuse d'enregistrer la vente ; d'où l'épithète donnée au bureau d'enregistrement : « le greffe des serments ».

Le serment est également employé pour la confirmation de quelques affranchissements (2) et surtout pour la stabilité des contrats d'entreprise. Ce fut le cas pour la réparation des Longs Murs d'Athènes et pour le dessèchement des marais de l'Attique.

Quelle était la sanction du serment ? Vraisemblablement elle n'était pas de nature séculière. On a quelquefois parlé d'une action criminelle en parjure : mais les sources ne la mentionnent pas. C'est aux Dieux qu'il appartient de réprimer l'offense que leur a faite le mortel en les invoquant à tort et leur vengeance atteint et le coupable et sa γενός. Hésiode (3) affirme que les Erynnies, le cinquième jour de chaque mois, pourchassent les parjures qui, s'ils parviennent à leur échapper ici bas, les retrouvent obligatoirement aux enfers. C'était une sanction toute théologique dont l'efficacité dépendait de l'intensité des croyances. Homère, et après lui Sophocle, Euripide et tous les rhéteurs, semblent en avoir fait peu de cas. Ils considèrent les violations à la parole donnée

(1) Administrateurs des biens du temple.
(2) Daremberg, p. 768.
(3) *Travaux et Jours*, 803, 804.

tantôt comme un acte d'habileté, tantôt comme un acte ne méritant que l'indulgence. Mais néanmoins la crainte de représailles divines subsistait et la casuistique donnait des procédés d'une fallacieuse subtilité (1) permettant tout en sauvegardant son intérêt personnel, de se mettre en règle avec sa conscience. Les philosophes, les plus sceptiques eux-mêmes, recommandaient de ne pas abuser du serment et surtout au lieu de prendre à témoins les Dieux qui sont facilement irascibles, de jurer par des animaux, par des plantes, dont on n'a pas à redouter les foudres (2).

Pythagore, plus absolu, prohibait d'une manière impérieuse l'usage du serment et Eschyle a, dans une formule célèbre, résumé l'impression de ses contemporains : « Le serment n'est pas le garant de l'homme, mais l'homme est le garant du serment ». C'est la condamnation même de l'emploi de ce dernier.

En somme, usage fréquent, parjures peut-être non moins fréquents, sanctions uniquement théologiques, et aux époques de scepticisme complètement illusoires, malgré les formules solennelles qui accompagnent l'imprécation, telles semblent être les trois caractéristiques du serment promissoire en droit hellénique.

B. — *Le serment promissoire en droit hébraïque.*

La loi sacrée est peu favorable au serment (3) ; elle défend de prendre en vain à témoin le nom du Seigneur. Alors que l'Antiquité y voit une simple nuncupation où l'on prend à témoin une Divinité et où en cas de parjure on a à souffrir des maux auxquels on s'est soumis d'avance, les Israélites font prédominer la conception de

---

(1) Daremberg, p. 768.
(2) *Id.* pp. 768, 769.
(3) *Exode*, chap. 20, verset 7.

la faute que l'on commet par une fausse déclaration au nom du Tout-Puissant ; ce pêché est la cause unique de la punition. Aussi doit-on prêter et tenir le serment avec la plus grande circonspection ; cette idée a passé dans le droit canonique.

Sous cette réserve, l'institution s'emploie en droit privé dans presque toutes les conventions, spécialement en matière de contrats commutatifs pour renforcer les promesses d'éventuelles prestations et contre prestations. Elle sert en droit public à sanctionner des traités conclus entre des chefs isolés de tribus. Abraham et Abimelech font ainsi une sorte de *fœdus* (1) près de Betsabée ou Bersabée (puits du jurement). Dans les mêmes termes, Isaac s'allie avec Abimelech (2) et Moïse confirme dans le pays de Moab l'alliance d'Israël avec son Seigneur (3). Un exemple curieux de serment est celui de Iaveh jurant par lui-même de faire périr par l'épée et de livrer aux bêtes les habitants de la Judée pécheresse (4). Saint Paul (5) notait sa grande efficacité : « Comme les hommes jurent par Celui qui est plus grand qu'eux et comme le serment est la plus grande assurance qu'ils puissent donner pour terminer leurs différends, Dieu voulant aussi faire voir avec plus de certitude aux héritiers de sa promesse la fermeté immuable de sa résolution, a ajouté le serment à sa parole. » Généralement, d'ailleurs, Iaveh se contente de procédés moins solennels pour communiquer ses décisions à son peuple.

Les formes du serment hébraïque présentent quelques analogies avec le cérémonial en usage à Rome. L'intendant d'Abraham (6) jure à son maître d'aller chercher une femme à Isaac, et pose la main droite sur le genou

---

(1) *Genèse*, chap. 21, versets 23 à 31 ; Antonini, *Le serment*, p. 8.
(2) *Genèse*, chap. 26, verset 31.
(3) *Deutéronome*, chap. 29, verset 14.
(4) Ezéchiel, chap 33, verset 27.
(5) Hébreux, VI, 16.
(6) *Genèse*, chap. 24, verset 2.

du patriarche. Ce rite se renouvelle quand Joseph (1) jure à son père Israel de ne point l'enterrer en Egypte, mais de le mettre dans le sépulcre de ses ancêtres (2).

Le droit hébraïque a une conception particulière du serment (3). Chez les autres peuples, celui-ci oblige d'abord moralement ; mais il peut avoir, du fait de l'imprécation qui l'accompagne, des conséquences matérielles ayant une répercussion sur la personne et les biens du *jurator*, du moins en théorie. Chez les Juifs, quand on s'oblige par serment, on « n'engage que son âme », et le seul effet de cet acte est de faire dépendre le salut du *jurator* de l'accomplissement de la promesse qu'il a faite : copie de la fidélité avec laquelle Dieu tient son serment. Ce dernier ne comporte aucune imprécation ; même si elle a eu lieu, Iaveh n'est pas lié par le fait que son fidèle se soumet expressément à toutes les punitions qu'il lui enverra en répression de son parjure. La répression n'est en effet pas forcément terrestre et si elle se produit, c'est comme suite du salut manqué : Dieu punit de ce chef le coupable, plutôt qu'en raison de l'atteinte qu'il a portée à la vérité.

Si l'*imprécation* n'existe pas dans la formule du serment judaïque, elle y est remplacée par un équivalent. C'est le rôle joué par la malédiction (4) qui ne fait pas nécessairement corps avec le serment, et qui, au lieu d'être prononcée par le *jurator*, l'est tantôt par Dieu, tantôt par un prophète au nom de Dieu contre ses ennemis (5). Quelquefois, on rencontre une malédiction

---

(1) *Genèse*, chap. 47, verset 29. Leist, G. I. R. G., p. 754.

(2) Leist (p. 751) a groupé diverses formes de serment promissoire. Il y en a deux catégories : d'abord le serment de Dieu qui le lie à son peuple, et que malgré sa Toute Puissance il ne peut répudier unilatéralement et ensuite les formes réservées aux hommes (p. 752). Le serment « par le Seigneur » semble seul valable et diverses variantes « par le ciel, par la terre, par l'or du temple », de nature trop païenne sont interdites ; le serment où elles figurent est frappé d'inefficacité.

(3) Leist. *Græco-italische Rechtsgeschichte* (appendice), pp. 705 *sq.*

(4) Leist, *op. cit.*, p. 751.

(5) *Ibid.*, pp. 755, 756.

dont les hommes sont les auteurs : mais c'est généralement une simple image de la malédiction divine, et elle tire sa force de sa conformité avec une prescription antérieure de Iaveh. C'est avec ce caractère qu'on l'emploie (de même que la bénédiction), pour affermir des serments prononcés entre parents et relatifs à des devoirs qui constituent l'*obsequium* romain.

C. — *Le serment promissoire en droit égyptien.*

C'est peut-être la législation dans laquelle le serment promissoire a joué le rôle le plus important. Dans l'ancienne Egypte les serments seuls pouvaient produire un droit de créance (1), et, plus de 2.000 ans avant l'ère chrétienne, les contrats les plus usuels (2) : ventes, échanges, partages, sont placés sous la protection des Dieux. Puis un mouvement de sécularisation se produit : le nom du Roi vient s'adjoindre à celui de la Divinité, ainsi que nous le montrent les documents de l'antique cité de *Ur*. Le droit chaldéen fait un nouveau pas : efface les noms des Dieux, laisse subsister celui du prince ; c'est la sécularisation complète, que l'Egypte ne connaît que sous le règne de Bocchoris, au VII[e] siècle avant notre ère.

Comment expliquer l'usage du serment promissoire égyptien ? On y a vu l'origine du contrat laïque (3) : de la *sponsio*, et le législateur, transportant hors des temples le droit désormais sécularisé, aurait consacré cette évolution.

Quoiqu'il en soit, le serment est d'emploi usuel en Egypte. Sous les Ptolémées, on en trouve de multiples

---

(1) Revillout, *Revue Egyptologique* (4[e] année), 1886, n[os] 3 et 4.

(2) Brissaud, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. 36, p. 249, note 1.

(3) Revillout, *Traité des obligations en droit égyptien*, pp. 17 et 35.

exemples dans les conventions par lesquelles un agent, soit du prince, soit d'un fonctionnaire, s'oblige à cultiver les terres qui lui ont été concédées (1). Le Dieu Anubis reçoit également, en droit privé, le serment d'un débiteur s'obligeant à verser une somme d'argent et la promesse faite par un homme de céder ses biens à la jeune fille qu'il a séduite et de l'épouser, ce qu'il fait, ainsi que le constate un acte notarié.

On relève aussi l'emploi d'un serment (2) ayant un double caractère : négatif, le débiteur s'engage à ne faire aucun acte pouvant gêner le créancier ; positif, il promet de constituer une hypothèque qu'il déclare être valable. De même un vendeur jurera d'intervenir pour garantir l'acquéreur du bien aliéné (3). Toutefois ces serments sont généralement suivis d'un acte rédigé par des notaires (4). Mais on ne saurait en induire l'existence d'une sorte de contrat *litteris*, car l'écrit n'est qu'un simple mode de preuve et la forme verbale de la convention créatrice de l'obligation est bien attestée par des formules telles que : « Un tel dit à un autre », « Un tel jure à un autre ». De tels serments portent le nom de « sanch » (5) et furent d'abord prêtés dans les temples, en présence des prêtres, puis, lors de la laïcisation des contrats, devant des témoins autres que le clergé, en particulier devant le « sar », fonctionnaire du Pharaon.

C'était un usage tellement consacré par les mœurs, qu'entre la XII^e^ et la XVII^e^ Dynastie, époque pour laquelle nous avons des documents, les « sanch » furent employés sans aucun changement de forme (6). M. Re-

---

(1) Revillout, *Précis de droit égyptien*, I, p. 659 et note 1.
(2) Revillout, Précis, I, p. 638.
(3) *Ibid.*, p. 689.
(4) Précis, II, p. 1186-1187.
(5) Exemples ; Précis, II, p. 1191.
(6) *Ibid.*, p. 1192 ; le plus ancien serment (p. 1179) appartient à l'époque de la 12^e^ Dynastie.

villout explique cette longue et immuable tradition par ce fait que le droit égyptien originaire, contrairement au droit romain, a toujours donné la prédominance à l'idée de devoir et de charité sur le concept du *jus*. Sous l'influence constante du clergé, il s'est refusé à voir dans le droit une conséquence directe de l'*imperium* (1), ce qui explique le caractère spécial de l'obligation égyptienne toujours unilatérale, puisqu'elle est la résultante d'un devoir (2).

M. Wenger (3), étudiant le serment dans la période égypto-romaine signale son usage de plus en plus restreint. On en trouve cependant quelques exemples. Ainsi, en droit public subsiste le serment des fonctionnaires et en procédure celui du plaideur promettant de « certo die sisti » (4).

Cette disparition est peut-être l'effet de l'influence prise en Egypte par les notaires grecs dont l'activité aurait préjudicié à l'usage habituel du serment verbal. D'autre part, le *jusjurandum* à Rome à l'époque de la pénétration romaine en Egypte ne servait plus que dans la *promissio operarum liberti* et partout ailleurs était remplacé par la stipulation. Ce fut celle-ci qui s'installa définitivement en Egypte, peut-être parce qu'elle dérivait de serment (5), mais à coup sûr parce que sa sanction était plus efficace. En effet, la législation, en dehors des *operæ liberti*, ne donne aucune action pour faire valoir le *jusjurandum* (6). La sanction toute morale et religieuse du parjure semble suffisante.

---

(1) *Ibid.*, pp. 1152, 1156.
(2) *Ibid.*, pp. 1221.
(3) *Der Eid in der grieschischen Papyrusurkunden*, Z. S. S., 1902, tome 23.
(4) WENGER, *loc. cit.*, pp. 164 et 202.
(5) *Ibid.*, p. 229.
(6) M. WENGER, p. 230 (textes cités) signale qu'Alexandre Sévère donne toutefois au mineur une action en restitution *(condictio)* dans le cas où il aurait usé d'un serment pour fortifier une convention de vente préalablement passée. Mais il semble difficile, surtout dans un cas de minorité, de croire que le serment a été la cause déterminante de cette réforme.

Dans la période byzantine (1), on constate un regain de vitalité du serment. C'est ainsi qu'une caution peut jurer de désintéresser son créancier (2), un vendeur de transférer la propriété de la chose vendue (2), un donateur, celle de l'objet donné (2). On trouve encore des exemples de serments dans un contrat de mariage et une constitution de dot (2), dans une quittance, dans beaucoup d'actes de la vie courante. Pour suppléer à l'insuffisance de la sanction de *jusjurandum*, l'ingéniosité des particuliers s'est donnée libre cours : on lui adjoint une *pœna* (3) et nous avons un exemple concret, d'après les papyrus, d'une caution qui jure de s'engager et, en cas de non accomplissement de cette promesse solennelle, de payer huit *solidi* d'or ou bien on donne au créancier une hypothèque pour le préserver du manquement à sa parole par le débiteur (4).

Un effort fut bien tenté par Honorius et Arcadius, puis par Zénon et Justinien, pour donner une certaine efficacité au serment en le faisant sanctionner par une amende. Mais la décadence de l'institution était trop accentuée pour que la législation pût y remédier ; elle a définitivement disparu, dès avant le règne de Justinien, des papyrus égyptiens (5).

---

(1) *Loc. cit.* p. 232. L'auteur (p. 231) écarte deux papyrus mentionnant deux contrats de vente entre Macédoniens, datant de la période grœco-égyptienne, comme n'impliquant pas absolument l'emploi du *jusjurandum*.

(2) Pages 235, 237, 238 *sq.*

(3) P. 273.

(4) P. 272.

(5) P. 269, note 4. M. Wenger a signalé (cf Revillout, *Obligations*, p. 163) différentes formules du serment pour l'époque de Ptolémée (p. 239), serment par le souverain, par les héros (Alexandre principalement, p. 241). Les dieux nationaux sont de plus en plus oubliés dans ces formules. Pour l'époque romaine on relève :

a) Pour la période païenne : le serment par l'Empereur (p. 248), par son génie (p. 251), par le *Divus Iulius* (*Caesar*).

b) Pour la période de l'influence chrétienne : voir Wenger, p. 257.

c) Pour la période purement chrétienne : *Ibid.* p. 263.

Le serment par l'empereur ou par son génie mérite une mention particulière à cause de la sanction du parjure : les verges (Wenger p. 266).

Section II. — Les formes du serment romain.

Ces formes sont beaucoup plus précises, ainsi qu'il convient à une législation ultra-formaliste. Sur leurs caractères, il ne saurait être question de discussion. Sur leur nombre et leur importance, de même que sur leur succession, nous pouvons relever deux doctrines ; l'une assez simple : celle de Brissaud ; l'autre plus complexe : celle de Danz, doctrines dans l'exposé desquelles il nous faut entrer.

I. — *La théorie de Brissaud* (1),

Le serment, cérémonie religieuse, comporte trois phases : *a)* une phase religieuse proprement dite ; *b)* l'invitation du créancier ; *c)* la réponse du débiteur.

a) Prise des auspices. Il est inutile de relever leur importance en droit public et en droit privé (Valère Maxime, II, 11 ; Cicéron, *De Divin*, I, 16 ; Tite Live, VI, 41). Constatons seulement qu'ici encore c'est l'application du droit commun : on veut prendre les Dieux à témoins : il faut leur demander auparavant s'ils consentent à accorder leur protection ou plutôt, suivant l'expression romaine, s'ils sont favorables à l'acte qui va s'accomplir.

b) Le prœire verbis. C'est l'invitation du créancier au débiteur en vue de l'engagement de celui-ci. Mais elle n'est pas faite en termes quelconques ; il faut faire connaître au débiteur la formule du serment qu'il devra répéter : il faut lui faire connaître les *concepta verba* (2). A cela deux raisons ; l'une d'ordre religieux : le ser-

---

(1) *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse,* tome 36, p. 251.

(2) Voir l'anecdote rapportée par Aulu Gelle (*N. A.*, IV, 20) à propos du prononcé du *solemne jusjurandum de uxoribus.*

ment était peut-être originairement toujours prêté devant un prêtre : or, dans la plupart des cérémonies (c'est le cas en particulier de la *dedicatio*), le prêtre dicte toujours les formules des prières que répètera le magistrat. Il est nécessaire qu'on les rappelle auparavant à la mémoire des intéressés, car si l'on y change un mot, elles perdent toute efficacité. Dans le serment, même hors de la présence du prêtre, il faut que la formule soit prononcée d'abord par la partie qui a intérêt à la régularité de la promesse : en l'espèce, par le créancier. D'autre part, comme c'est celui-ci qui exige le *jusjurandum*, il est naturel qu'il fasse connaître sa volonté, le genre de serment dont il veut l'emploi, le dieu qu'il désire que le débiteur atteste, l'objet même de l'engagement. C'est ce que nous dit Ulpien (D. 12,2, f. r. g. 3, § 4 : *Jurare autem oportet ut delatum est jujurandum ; ceterum si ego detuli, ut per Deum jurares, tu per caput tuum jurasti, non erit juratum habendum jusjurandum* ». Quoique relatif au serment *in jure*, ce texte pose une règle commune à tous les actes formalistes : un défaut de concordance entre les *verba creditoris* et les *verba debitoris* entraîne l'inexistence du *jusjurandum* (1).

c) Le jusjurandum. Le débiteur prononce les *verba concepta*, la main sur l'autel du Dieu et se soumet à sa colère en cas de parjure. C'est la phase de l'*accessio* qui comporte deux parties.

α) Les gestes. L'appréhension de l'autel (2) est la

---

(1) Cette pratique n'est pas étonnante, dit M. Brissaud. De nos jours, en vertu de l'article 312 C. I. C., le président des assises adresse aux jurés un petit discours moral et chacun d'eux répond, en levant la main droite : « Je le jure ». C'est un bel exemple de *prœire verbis* et d'*accessio*.

(2) Virgile, *Æn*, XII, 201 ; Valerius Flaccus, *Argonautiques*, I, 189 ; Polybe, III, 11 ; Plaute, *Rudens*, V. 2, v, 49 ; Cicéron, *Pro Flacco*, 36 ; Macrobe, *Sat.*, III, 2 ; Juvénal, *Satires*, XIII, 89 ; XIV, 218. Dans l'autre forme non solennelle de serment que nous verrons plus loin, au lieu d'appréhender l'autel, ce qu'on ne peut faire, car le serment n'est pas prononcé dans un temple, on touche les parties sacrées du corps. (Pline H. N, 2, 45 ; Properce, *Elégies*, I, 15, 33 ; Tibulle, *Elégies*, II, 6, 29 et 33 ; II, 20, 15.)

seule attitude rituelle qui permette de prononcer les *verba*. C'est peut-être un usage venant de la cérémonie de la *dedicatio* d'un édifice religieux (Bouché-Leclercq, *les Pontifes*, p. 139 ; Pernice, S. B. 1886, II, pp. 1174 *sq*). A cette phrase succède le prononcé *palam* de la formule (Voigt, J. N., III, 1, p. 35, note 1).

β) *Les verba* (1). C'est la prise des Dieux à témoins suivie de l'*imprecatio* (2). A l'époque classique, on peut attester n'importe quel Dieu, pourvu qu'il soit reconnu par l'Etat. Mais dans l'ancien Droit, à l'époque des *legis actiones*, il devait y avoir une liste des Dieux spécialement destinés à être attestés dans les *concepta verba* du *jusjurandum*, ou bien des *concepta verba* pour les serments usuels, relatifs à une Divinité bien spécialisée. Servius nous le laisse à entendre (ad AEn. XII, 13) : « *Concepta autem verba, dicunt jurandi formulam quam nobis transgredi non licet* ».

Les grammairiens nous ont conservé plusieurs formules de ces serments. L'un d'eux, « *sanctissimum* » (Aulu Gelle, I, 21), celui « *per Jovem lapidem* » (Polybe, III, 25), nous est rapporté par Paul Diacre (v° *lapidem silicem*). Il est ainsi conçu : « *Si fidem servasso, tum me Dii adjuvent ; sin sciens fefellero, salvis ceteris omnibus in suis patriis, suis legibus, suis penatibus, sacris, sepulcris solus exoidam ut hic nunc lapis* » et le *jurator* lance la pierre qu'il tenait à la main.

Paul Diacre, fidèle à son œuvre d'abréviateur, nous a laissé la formule et son commentaire dans ces quelques mots : « *Lapidem silicem tenebant juraturi per Jovem,*

---

(1) Plaute, *Rud.*, V, 2, 51 ; Cicéron, *De Off.*, III, 29 ; Quintilien, *Inst. oratoire*, VIII, 5 ; Tacite, *Histoires*, IV, 31 ; Festus, v° *idem in me*.

(2) Nous ne parlerons pas ici de l'*imprecatio* ou *precatio*, étudiée dans la sanction du serment. Nous en mentionnons simplement quelques formules. Brissaud, fidèle à Danz, y voit une analogie avec le *damnas esto* du *nexum*, un titre exécutoire du créancier contre le *jurator*. Nous verrons ce qu'il faut penser de cette théorie.

haec verba dicentes : si sciens fallo tum me Dispiter, salva urbe arceque (1), *bonis ejiciat, uti nunc lapidem* ». Ces deux versions, l'une de seconde main, l'autre abrégée permettent une reconstitution de la formule dans ces termes (il y manque naturellement l'invocation au Dieu et l'objet de la promesse) : « *Si fidem servasso, tum me Dii adjuvent ; sin sciens fefellero, tum me Dispiter, salva urbe arceque, salvis ceteris omnibus in suis patriis, suis legibus, suis penatibus, sacris, sepulcris, bonis ejiciat, uti ego hunc lapidem* ».

Tite Live (I, 24), nous donne également le texte du serment prononcé par le *pater patratus* au moment de la conclusion d'un traité : « Que Jupiter, dit-il dans la *precatio*, frappe le peuple romain comme je frappe aujourd'hui ce porc avec ce silex ». Mais c'est peut-être une formule, apanage exclusif du droit public. Plus intéressant, parce que d'usage plus courant en droit privé, est le serment rapporté par Plaute (*Rudens*, V, 2, 46 : dialogue entre Gripus et Labrax). Nous y retrouvons d'abord l'appréhension de l'autel : « *Tange aram hanc Veneris. - Tango.* », puis la désignation méticuleuse (2) de la Divinité qu'il faut invoquer : ce n'est pas Vénus en général, c'est cette Vénus (allusion à la statue voisine de la Déesse) : « *Per Venerem hanc jurandum est tibi* ».

---

(1) Ihering, *Esprit* (Trad. Meulenaere), III, p. 253. Cicéron, *Epist.*, VII, 12; Lafforgue (*Du serment*, p. 18), remarque que le *jusjurandum per Jovem* fait allusion *(salva urbe arceque)* à la responsabilité solidaire de la société vis-à-vis du Dieu outragé par un de ses membres. Aussi le *jurator* a-t-il grand soin de l'excepter de la punition à laquelle il se soumet en cas de parjure.

(2) Cf Voigt, *J. N.*, III, p. 25. On ne désigne pas le Dieu en général, mais d'après son *indigitamentum*, selon la fonction qu'il a en partage, en la spécifiant à côté de son appellation ordinaire. Car le Dieu n'aide que s'il est ainsi désigné, de même que chaque changement de son nom et de son attribution rend vain l'effet de la *precatio*. (Preller, *Mythologie*, p. 19). (Marquardt. IV, 7). (Varron, cité par Augustin, *Cité de Dieu*, IV, 22).

C'est en vertu de cette même idée et pour rendre impossible son évocation par l'ennemi, qu'on tenait caché le nom particulier du *deus tutelaris* de Rome.

Continuons l'étude du texte : « *Quid jurem ? quod jubebo* (1) ». Il faut que la consistance de l'engagement soit fixée d'avance, car le *jusjurandum* ne peut intervenir que pour confirmer une parole donnée *(fides firmatur)*, ce qui suppose l'existence d'une convention antérieure ; aussi est-il un acte synallagmatique comportant d'abord le « *prœire verbis* » du créancier, dictant la formule que le débiteur répétera mot à mot. C'est ce que nous montre la scène du *Rudens*. Gripus va « *prœire verbis* » et le débiteur va faire « *accessio* » à ces *verba* (Labrax se bornant à répéter la formule que lui cite Gripus). Au profit de qui ? Pernice remarque qu'on ne sait pas avec sûreté si on adresse la parole à la Divinité directement ou si on en parle à la troisième personne ; le texte du *Rudens* prouverait qu'on s'adresse directement à elle : « *Venus Cyrenensis testem te...* », mais à coup sûr on ne parle du bénéficiaire qu'à la troisième personne « *Tum ego huic Gripo dico, inquito et me tangito* » ; ce dernier est ici présent *(huic Gripo)* et on le touche *(me tangito)*. Pourquoi ? Pour s'assurer de la réalité de son existence ou pour lui faire savoir ostensiblement que le serment est prêté dans son intérêt. Car, comme par le *prœire verbis*, le créancier a pu mentionner la formule qu'il désire voir employer, on considère que le *jusjurandum* est prêté à son choix, *arbitratu ejus*. Comme, d'autre part, se produit la répétition des *verba* du créancier, *verba* dont la signification et la portée ont pu être étudiées par lui tout à loisir, pour pouvoir s'appliquer exactement au cas concret, Pernice considère que le serment proprement dit (celui du débiteur), n'est pas un acte original, mais un véritable « *dictare* » (2).

---

(1) Pernice, S. B., 1885, II, p. 1166.

(2) Pernice entend par là un acte dans lequel une des parties, privée de toute initiative, n'a qu'à répéter les paroles de l'autre partie. Ce seul fait donne naissance à l'obligation.

Et maintenant, si nous relisons le texte du *Rudens*, nous y voyons dans la formule que va employer Labrax, répétant les paroles de Gripus, d'abord une *testatio*, l'invocation à la Divinité choisie, en l'espèce *Venus Cyrenensis* . « *testem te testor...* », puis une *imprecatio* « *si fraudassis... uti... Venus eradicet* ». Mais il n'y a aucune allusion à la cause de ce serment. C'est en effet un exemple d'un mode de s'obliger où l'on s'en tient uniquement à la lettre et où l'on se préoccupe peu de la pensée secrète qui fera prononcer les *concepta verba*, ceux-ci ayant de par leur nature une signification consacrée.

Mais, dans de pareils actes, l'équivoque est à redouter : à l'aide de jeux de mots ou de termes à double signification, on peut ruiner tous les effets du formalisme. Il faut donc, bien que l'on soit en période de droit strict, prémunir le créancier contre de semblables agissements de son débiteur. D'où appel au principe de la cause, pour éviter en particulier les réserves mentales. D'ailleurs, on ne spécifiera pas en vertu de quels précédents le débiteur doit prêter le serment ; on se contente d'assez vagues formules : « *Jura mihi œquius melius* » (appel à l'équité), « *ex bona fide* » (appel à la *fides* objective), « *ex tua bona fide* » (appel à la *fides* subjective), « *ex animi sententia* » (appel au motif) (1), « *ut mens concipit, ut ex hic hodie rectissime intellecta sunt* ». Cette dernière formule nous est donnée par Tite Live (I, 24) et fait allusion à une lecture préalable du texte du *fœdus* lequel n'a donné lieu à aucune équivoque. Par ces procédés détournés on espère annihiler les effets de la *reservatio mentalis*.

Nous avons vu que le serment devait être prêté aux Dieux romains (2) ou à ceux reconnus par l'Etat. Ce fut

---

(1) Aulu-Gelle, IV, 20. Cicéron, *De Off.*, III, 29.

(2) S'il faut en croire Lucain (*Pharsale*, I, 145), les Gaulois juraient en armes et par Esus (dieu supérieur ?) (serment militaire ?)

d'abord une règle absolue que ce monopole des Dieux. Mais bientôt surgissent de nouvelles formes (1) où leurs noms sont bannis. On jure par ses parents, par ses enfants (2), Tibulle jure par les yeux de sa maîtresse (3), et comme la Divinité est accordée aux Césars, on jure *per Cæsarem* ou *per genium principis* si l'Empereur est mort (4). A part cette dernière forme, les autres serments (5) ne sont que des affirmations un peu plus solennelles que les assertions ordinaires, et si l'on voit dans quelques cas l'*imprecatio* subsister (6), c'est uniquement par redondance oratoire ou poétique.

En tous cas, il ne subsiste rien du *jusjurandum* fait *conceptis verbis* à l'autel d'un Dieu. C'est une simple promesse, un peu plus solennelle que de coutume, et Paul Diacre *(V° mecastor)* n'y voit qu'un « *me juvet* » des plus banals. « *Mecastor et mehercules jusjurandum erat, quasi diceretur : ita me Castor, ita me Hercules ut subaudiatur juvet* ». Il y a loin de cette dégradation du serment à la *precatio* du véritable *jusjurandum*.

II. — *La théorie de Danz* (7).

Le serment comprend les mêmes formes que les actes solennels ordinaires. Il comporte quatre phases : les *concepta verba*, la *rogatio testium*, le *testari deos* et la *precatio*.

---

(1) Hirzel (*der Eid*, p. 14, note 2). Ulpien, *D*, 12, 2, 33. Augustin, *Serm.* 180, 6, 7. Ces derniers croient qu'un serment *per salutem suam* contient néanmoins une invocation à la divinité, « *respectu enim divini numinis ita jurat.* »

Sur le serment ironique (Martial, *Ep.*, VIII, 81), voir Hirzel, p. 17.

(2) Properce, *El.*, II, 16, vers 15.

D, 12, 2, 4. Pline, *Ep.*, II, *ep. ultima*.

(3) III, *el. ultima*, v. 47.

(4) *D.*, 12, 2, 13, 6.

(5) Lafforgue, *Du serment*, p. 18.

(6) Properce, *El.*, IV, 7, vers 51.

(7) *Geschichte des R. R.*, p. 34, § 148. *Sak. Schutz*, pp. 33 *sq.*

α) Les concepta verba.

C'est l'application d'un principe de droit strict : « c'est seulement ce qui est dit qui est voulu (1) ». En dehors de ces *concepta verba*, le serment n'a aucune efficacité. Nous avons déjà vu à cet égard l'affirmation précise de Servius (*ad AEn.* XII, 13). Cicéron (*De Off* III, 29), la répète encore sous une forme indirecte : « *Nom enim falsum jurare perjurare est ; sed quod ex animi tui sententia juraris, sicut verbis concipitur more nostro, id non facere perjurium est* (2) ». Ces *verba* viennent-ils à faire défaut dans le serment du débiteur, le serment est considéré comme n'étant pas formulé ; ont-ils été prononcés par un contractant qui ne le pouvait pas, étant *impius* ou *sacer*, les effets (3) du *jusjurandum* vont s'évanouir et il ne restera plus à la charge du coupable qu'un parjure de plus. Si le serment n'a pas été valablement formulé, on peut se dispenser de le tenir ; cette abstention constituera bien un acte contraire à l'honneur, voire un acte « *religiosum* » au sens rituel du mot, mais aucune conséquence séculière n'en résultera. Aussi Venuleius (D. XL, 13, fgr. 44), nous dépeint l'esclave qui, sans doute, ne pouvait jurer dans les formes réservées aux *cives* comme tenu uniquement *religione* : « *Ideo autem solet j. j. a servis exigi ut religione adstricti sint.* » Quant aux *cives*, la violation d'un semblable serment ne constituait pas le *perjurium*, mais le simple *mendacium*. (Cicéron, *Pro Cluentio*, 26 ; *Pro Roscio*, 16).

Mais si les Dieux, en cas de *j. j.* régulier, connaissent parfaitement le *mens* du *jurator*, ils ne pourront

---

(1) Voigt, *J. N.*, III, 1, pp. 35 *sq.*

(2) Cf. Pline, (*Panégyrique*, 64). Serment de Trajan. « *Proeivit sedens j. j. et ille juravit, expressit explanavitque verba quibus caput suum, domum suam, si sciens fefelisset Deorum irae consecraret.* » Cf. Aulu-Gelle, II, 24 ; IV, 20 ; Tite Live, 43, 18.

(3) Danz considère en effet le serment comme sanctionné par la *M. I.*, comme effet séculier.

néanmoins le punir que relativement à son engagement dont l'exposition objective constitue les *verba*. Pour en diminuer la portée, le débiteur au moment du prononcé de la formule pourra user d'une *reservatio mentalis* (1) dont il importe d'annihiler l'effet désastreux pour le créancier.

D'où des intercalations dans la vieille formule, du *si sciens fefelissem* (2), généralement adopté (Plaute, Bacch., IV, 9, v. 105-106), ou d'expressions telles que « *ut mens concipit* », « *ex animi sententia* », etc. Le créancier évite ainsi toute discussion de casuistique avec son débiteur au moment de l'échéance et les Dieux peuvent sévir. Par ces formules, le *jurator* leur permet d'agir contre lui, sans se réserver la possibilité d'une déclaration concernant la non concordance entre les paroles qu'il a prononcées et sa véritable pensée.

---

(1) Sur la réserve mentale et le conflit entre la volonté vraie et la volonté déclarée, cf. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 5.

Tant que la croyance au rôle des dieux a subsisté, la réserve mentale a eu uniquement pour objet de diminuer la portée de la volonté exprimée dans les *verba*. Mais, dit-on, les dieux connaissent bien l'intention du *jurator* et ils doivent le punir de ce manque partiel de parole, puisque le créancier, lui, ne connaissant que les *verba* du *jusjurandum*, doit être quelque peu dérouté. C'est une idée, cependant, qui n'est pas contemporaine de la théologie primitive où les dieux ne se dérangent qu'en cas de fautes graves : ainsi dans le cas où le *jurator* a promis *in verbis* un objet qu'*in mente* il ne veut pas donner, et où il argue de ce défaut de symétrie entre son obligation objective et son obligation subjective. Mais c'est ici un cas de parjure et non de réserve mentale. D'ailleurs les pratiques de la vieille religion romaine fourmillent de réticences mentales que les Pontifes semblent considérer avec une certaine indulgence. Un *civis* jure de sacrifier tel animal et *in mente* il lui substitue une tête de bétail de moindre prix. C'est un bon tour joué aux dieux, rien de plus. (Numa lui-même n'aurait, paraît-il, pas dédaigné ce moyen commode de réaliser des économies sur le budget des sacrifices publics.) Quand la croyance aux dieux s'est atténuée, la réserve mentale a pu se donner libre cours et le débiteur a pu prétexter que ce qu'il avait juré *in verbis*, il ne l'avait pas juré *in mente*. Comme, ainsi que nous le montrerons pour le parjure, il n'encourait qu'une simple *minutio existimationis*, il ne devait pas s'embarrasser pour si peu. D'où la nécessité de l'emploi des formules mentionnées au texte. Dès que le débiteur a juré *ut mens concipit*, il est lié *in mente* comme il l'est *in verbis* et il ne peut opposer aucun argument de casuistique.

(2) Tite Live, I, 24 ; Cicéron, *De Off.*, III, 29.

β) *La rogatio testium.*

De même que les témoins *rogati* permettent à un acte juridique de bénéficier de formes régulières, il faut pour le *j. j.* citer le Dieu comme témoin. Mais il doit auparavant, comme les témoins ordinaires, déclarer qu'il y consent, ce qui, plus tard, en cas de parjure, lui permettra d'intervenir soit par lui-même, soit par l'intermédiaire des mortels (1). Le Dieu fera donc connaître sa volonté par le procédé rituel des *auspicia*. On ne manquait jamais, surtout quand le serment était fait *per Jovem*, de prendre les auspices, ainsi qu'on le faisait dans presque toutes les circonstances solennelles. Servius (2) nous en a conservé le souvenir : « *Per aras exquirunt, vel apud aras, vel inter aras ; id est sacrificando explorant an dii velint huic rei consentire* ». Il n'y a d'ailleurs pas à s'arrêter à une conjecture contraire de Rudorff (3). Par une distinction des plus arbitraires, il objecte que les *auspicia* ne sont pris qu'en vue de la conclusion d'un mariage, et que dans toute convention ayant un but pécuniaire, on ne les prend pas. Rien n'autorise une pareille limitation pour des actes ressortissant du domaine du droit privé.

γ) *Le testari deos.*

Plaute *(Rud.* V. 2, v. 52), nous atteste son existence dans le cas de serment par la *Venus Cyrenensis*. Cicéron *(de legibus,* II, 17), nous le montre employé pour tous les serments. Les Dieux ayant, par des auspices favorables, donné leur consentement, on doit leur faire connaître hautement *(palam)* et d'une manière précise le but et l'objet de la convention ; c'est ainsi que Gripus (vers 57), dit « *Venus, ut tu audias.* » Cette idée conduit dans

(1) Tite Live, V, 11.
(2) *Ad Æn.*, IV, 56.
(3) Sur Puchta, § 273, note h.

le vieux serment *per Jovem* (1) à ne prononcer la formule que sous la voûte du ciel, pour que le Dieu voie et entende bien le *jurator* (2). Mais, par la suite, on se contente de prendre à témoin le Dieu à son autel qu'il faut embrasser (3) pour plus de certitude, ainsi que l'attestent Denys (I, 40), et Cicéron *(Pro Flacco,* 36) : « *Is si aram tenens juravit, crederet nemo* » ; Macrobe (III, 2), dépeint ainsi la posture du *jurator* : « *Tango aras, ignes et numina testor.* »

Polybe (III, 25 ; VII, 9), dispense de cette formalité en pays ennemi où l'on invoquera simplement les Dieux de la Patrie. Mais Denys (II, 46), déclare qu'en temps

---

(1) Preller, *Römische Mythologie*, p. 213.

(2) Cf. Varron, *De lingua latina*, V, 66. à propos du *Dius Fidius* : « *Itaque inde ejus perforatum tectum ut ea videatur divom, id est cœlum : quidam negant sub tecto per hunc dejerare oportet.* »

Macrobe (V, 19). « *Habentur (Delli) in cultu maximo præcipue circa exigendum juxta eos jj præsens et efficax numen ostenditur.* »

(3) Ihering *(Esprit*, Trad., IV, p. 262) a donné de la symbolique du serment une théorie très dogmatique que nous nous bornons à résumer :

I. Saisir et appréhender constituent la fonction la plus importante de la main. Cette constatation d'ordre pratique va baser un acte symbolique. La mancipation nous offre des exemples concrets d'appréhension de la chose, d'abord appréhension réelle, puis appréhension symbolique (montrer que l'on a la propriété). Un autre stade nous conduit à l'appréhension purement démonstrative. Le testateur tenant en main ses tablettes prononce les mots « *hæc uti in his tabulis cerisve* (il montre les tablettes) *scripta sunt* ». Mais l'acte et l'objet sont toujours en relation directe.

II. *Quid* du serment ? et de l'appréhension de l'autel qui n'est cependant pas l'objet de la convention et qui d'autre part n'a plus la même signification que dans certains actes religieux, tels que la *dedicatio* d'un temple où le magistrat et le pontife tiennent les portes de l'édifice. C'est que l'appréhension dans le cas de *j. j.* n'a pas une signification démonstrative.

III. L'appréhension de l'autel dans le serment (comme l'imposition des mains dans la bénédiction la rend sensible, conduit la bénédiction sur la tête de celui qui la reçoit) n'a pour but que de donner aux actions et aux relations spirituelles une expression substantielle : elle sert de liaison entre le *jurator* et les dieux ; elle atteste la prise à témoins de ceux-ci qui, sans elle, ne pourraient être sollicités autrement de faire connaître leurs volontés : « tel le fluide électrique qui pour se propager exige un attouchement. »

« La conception abstraite de la volonté est trop élevée pour la période dite « sensible » il faut que le rapport interne créé par elle se manifeste à l'extérieur. »

Cette théorie déductive est un bel exemple de métaphysique juridique.

de paix, on n'a plus d'excuse et qu'il faut obligatoirement dresser un autel. Sinon on n'a plus qu'une image de serment (Serv. *ad AEn*, 9, 299 : « *Ut nunc quasi imitatio sit jjdi ut dicat Ascanius* : « *Juro per caput meum* ») qui, sans doute, lie en conscience, mais où les Dieux n'ont plus à intervenir : on a quitté le domaine du serment pour entrer dans celui de la *Fides*.

δ) *La precatio*.

C'est le dernier élément du *j. j.* et Danz (nous le verrons dans les effets du serment), l'assimile au *damnas esto*. Ici le *jurator* prie les Dieux de lui venir en aide pour l'accomplissement de sa promesse et leur dit de le frapper s'il commet un parjure. Toutefois le terme de *precatio* serait plus logiquement réservé aux paroles immédiatement prononcées après le *testari deos ;* dans la formule reconstituée du serment *per Jovem lapidem* on pourrait distinguer deux éléments : *la precatio* et l'*exsecratio;* « *si fidem servasso, tum me Dii adjuvent* », ce serait la *precatio* (1) ; « *sin sciens fefellero, tum me Dispiter*, etc. », ce serait à proprement parler, *l'execratio*.

Dans ces deux théories relatives aux formes du serment promissoire, communes dans leurs principes, il y a lieu de relever quelques différences de détail, qui justifient l'exposé distinct que nous avons fait de chacune.

Brissaud voit dans les *gesta* et l'appréhension de l'autel, le premier acte, chronologiquement parlant, du *j. j.* Danz le voit dans les *concepta verba* et en particulier dans *le prœire verbis*. C'est sans doute plus logique : car le créancier doit exposer auparavant au débiteur quelle forme de serment il désire voir employer. Mais si nous nous en rapportons à la scène du *Rudens* (V. 4, 46)

(1) Exemples de *precatio* « *ut in melius Dii adjuvent* » (Cicéron, *Pro Murena*, 1; Servius, *ad Æn*, VII, 176).

nous devons reconnaître qu'il pouvait en être autrement : Gripus, en effet, commence par intimer à Labrax : « *Tange aram hanc Veneris* » avant de dire « *Per Venerem hanc jurandum est tibi* (1). »

Brissaud ne fait aucune distinction entre la *precatio* et l'*imprecatio*. Malgré le mutisme des textes, Danz a peut-être logiquement distingué les deux parties de la formule en voyant dans le « *si fidem servasso, tum me Dii adjuvent* » la *precatio*, c'est-à-dire une supplication adressée aux Dieux pour qu'ils aident le débiteur à tenir sa parole et pour qu'ils le récompensent s'il fait honneur à son serment (2). La formule de malédiction constituera tout naturellement une *imprecatio* symétrique et les deux termes « *precatio* » et « *imprecatio* » correspondent ainsi logiquement au sens des expressions dont se sert le *jurator* dans l'un et l'autre cas.

On peut encore signaler entre les deux conceptions que nous venons d'exposer une autre différence. Danz range la prise des *auspicia* dans la *rogatio testium*. Brissaud en fait un acte préliminaire, extérieur au serment. C'est, semble-t-il, plus vraisemblable, car le *jj.* étant un acte essentiellement religieux, il faut avoir l'avis des Dieux avant de l'entreprendre. Au contraire, avec la théorie de Danz, le *prœire verbis* du créancier précède les *aus-*

---

(1) L'utilité d'un *prœire verbis* antérieur est particllement diminuée par le fait que Gripus indique d'une manière précise la divinité que Labrax doit prendre à témoin *« Tange hanc aram »*. Cela n'infirme-t-il point, dans quelques cas particuliers, la nécessité logique d'*un prœire verbis* antérieur à l'appréhension de l'autel ?

(2) Ne serait-ce pas une preuve de plus de l'existence d'obligations uniquement religieuses engendrées par le *j. j.* que cette symétrie entre l'*imprecatio* et la *precatio* où d'un côté le débiteur sollicite une récompense divine en cas de bonne foi, et, de l'autre, attire sur lui des maux de toute sorte (malgré le caractère amphigourique des expressions employées) en cas de violation de sa parole. Car si le *j. j.* est valable *civiliter*, aucune récompense pour l'avoir tenu n'est juridiquement donnée au *jurator* et d'autre part ne serait-il pas étrange de voir dans l'*imprecatio* ce dernier consentir en cas de parjure à une sanction pénale légale, malgré les termes religieux qui y figurent ?

picia ; si ces derniers sont défavorables, les *verba* prononcés antérieurement sont de ce chef annulés ; leur bénéficiaire éventuel va se trouver en fâcheuse posture devant le *jurator* éventuel. Car les Dieux lui ont ostensiblement donné tort et l'on sait toute l'importance qu'a ce fait aux époques de pratiques superstitieuses. Or le *jusjurandum* est prêté sur l'initiative du créancier. Croit-on que ce dernier consentirait à se mettre *proprio motu* dans une semblable situation vis-à-vis de son débiteur, alors qu'il peut éviter si facilement ce désagrément en faisant l'acte du *prœire verbis* après la prise des auspices et seulement si ces derniers lui sont favorables ?

Mais, à part ces quelques différences, la question des formes du *jj.*, dialogue entre le créancier et le débiteur (1), ne saurait faire l'objet d'autres critiques ; les sources suffisent à nous montrer le caractère rituel (*prœire verbis* et *accessio* en termes symétriques que l'usage finira par déterminer dans chaque cas) et le formalisme absolu qui semblent prédominer dans le serment promissoire.

Section III. — **Les effets du serment romain.**

Etudier les effets du serment, c'est en déterminer les sanctions ; c'est aussi rechercher la nature du lien obligatoire qui découle de cet acte. D'où deux parties, d'inégale importance, dans cette section : nature du lien obligatoire naissant du serment et sanctions du *j. j.*

I. — *Nature du lien obligatoire dans le serment* (2).

C'est un lien personnel entre le débiteur et le créancier, celui *in verba cujus* le serment a été prêté (3). Aussi

(1) Nous retrouverons ce point dans l'étude de la *sponsio*.
(2) Pernice, S. B., 1886, II, p. 1187.
(3) Cf. Section II.

ce dernier et unique bénéficiaire peut-il renoncer à la prestation qu'il doit recevoir et délier le *jurator* de son serment. Il peut aussi bien renoncer à l'accomplissement du *jusjurandum*, qu'il aurait pu renoncer au *jj.* lui-même, puisque c'est lui qui en a pris l'initiative. Mais si l'institution diffère sur ce point du vœu (1), elle s'en rapproche, en ce sens que le débiteur ne peut unilatéralement se dérober à son obligation ; car le serment est bien prêté à la Divinité, mais au bénéfice d'un tiers. On doit même aller plus loin. Le Dieu invoqué, lui-même, ne peut délier du serment : il ne le reçoit pas ; ce n'est pas de lui qu'on peut dire : « *cujus in verba juratum est* », il n'est qu'un témoin passif. Son rôle consiste uniquement à sauvegarder le serment et il doit intervenir en cas de violation de celui-ci par le débiteur.

Un autre caractère (2) de l'obligation *ex jurejurando*, également dérivé de sa nature strictement personnelle, c'est qu'elle ne lie que le promettant et seulement relativement à celui « *apud quem* » il a juré (3). Pernice en a entrepris la démonstration par analogie.

En droit public, le serment militaire est prêté au chef : il est annulé quand celui-ci ne remplit plus ses devoirs ou est *capite minutus* (4). Un autre exemple nous est fourni par les traités internationaux confirmés par serment : le Roi qui a conclu un *fœdus* vient-il à mourir, l'état étranger se considère comme délié de son obligation de rester neutre ; aucun texte ne nous montre que c'était commettre un parjure. Du reste, ce fait est corroboré par la sage coutume bien connue qu'ont les Romains de renouveler avec les successeurs des souverains contractants

---

(1) Pernice, p. 1174.

(2) Pernice, p. 1189.

(3) Sauf exception formelle le serment ne pouvait lier les *posteri*. Denys, IV, 46; V, 1; VII, 43; XI, 41, 55; III, 22, 37; IV, 45.

(4) F. Desserteaux, *Capitis Deminutio*, I, p. 95. Voir les textes cités et en particulier le discours de Curio aux soldats de Domitius (César, *De Bello Civili*, II, 32).

et décédés des traités précédemment conclus et ce, pour éviter une guerre éventuelle. Ce caractère du serment en droit public est également celui du serment en droit privé où d'ailleurs la *jurata promissio liberti* cesse d'avoir des effets lorsque le patron est *capite minutus* (1). Ce devait être une règle générale applicable à tout *jj.*

Ayant un caractère strictement personnel, le serment promissoire est intransmissible activement et passivement aux héritiers (malgré le caractère spécieux de l'*exsecratio* pour ce dernier cas). Il présente de ce chef une analogie étroite avec le serment des fonctionnaires dont l'efficacité disparaît avec la fin de leurs fonctions et avec le serment des soldats qui cesse d'avoir effet dès qu'ils quittent l'armée (2).

Donc, qu'il s'agisse du serment privé ou du serment public, le caractère strictement personnel de l'institution est nettement établi, non pas, ainsi que le remarque Pernice lui-même, sur des preuves directes, mais sur des analogies et sur des conjectures rationnelles.

Quel sera le procédé que va employer le bénéficiaire pour délier le *jurator* de son serment ? Il nous est inconnu. Pour le *jj. liberti* nous savons que c'est l'*acceptilatio.* Mais la généralisation semble impossible. Car il faudrait démontrer, ce qui n'a pû, et pour cause, être tenté, que le serment primitif n'était qu'une variété du *contrat verbis.* Nous verrons dans la suite pourquoi le serment en matière d'*operæ liberti* peut être éteint par l'*acceptilatio,* en raison de motifs spéciaux qu'on ne peut étendre au serment en général.

Toutefois, mentionnons qu'à la fin de l'époque classique l'Empereur peut délier du serment (3).

---

(1) F. Desserteaux, *Op. cit.*, II, p. 289.
(2) *S. B.*, 1885, II, pp. 1162, 1163 *sq.*
(3) Cuq, *Inst. Juridiques*, I, p. 390.

II. — *Les sanctions du serment promissoire* (1).

Elles peuvent être de plusieurs sortes depuis la séparation du *jus* d'avec le *fas*. En vertu du premier, le serment aura des effets juridiques, donc séculiers ; le *fas* le sanctionnera également soit par une coercition religieuse, soit par une coercition morale. Il nous faut donc envisager successivement ces divers procédés de contrainte.

A. — Sanctions séculières et juridiques.

C'est devenu un lieu commun de dire que, tel le pacte dans la première période du droit classique, le serment promissoire n'est muni d'aucune action. Mais pour la période primitive, Danz a émis une théorie contraire à la conception générale et a donné au *jj.* le caractère d'un véritable contrat juridiquement sanctionné.

α) LA THÉORIE DE DANZ (2)

Le débiteur a par serment promis une prestation : il se refuse à la fournir. La Divinité irritée qu'il a prise à témoin de la convention, va se venger du parjure, soit directement, soit indirectement en lui retirant sa protection. Mais c'est une sanction divine. Toutefois celle-ci va avoir des conséquences terrestres. Une phrase curieuse de Tite Live (V, 11), exprime l'idée *(minime convenire)* qu'on peut et qu'on doit se faire justice en cas de serment non tenu, car les Dieux au fond sont assez indifférents. Ils se contentent la plupart du temps de retirer leur protection au violateur de sa promesse et ils attendent les résultats de ce retrait. C'est aux hommes à agir. Il

---

(1) Cas de serment fait par nécessité (CICÉRON, *De Off.*, III, 107). (HIRZEL, *Der Eid*, p. 72, note 1).

(2) *Geschichte des R. R.*, II, p. 32, § 147. *Sakraler Schutz*, p. 47 *sq.*

n'y a ni *impium*, ni *injustum facinus* quand pour contraindre à l'accomplissement d'un serment on se sert de la *manus injectio*. Bien mieux, celui qui agit ainsi est l'exécuteur de l'*ira Deorum*. Denys (VII, 23), nous montre les patriciens réprimant en cette qualité les parjures et Valère Maxime (I, 1, 19), qualifie Esculape d' « *efficax ultor contemptæ religionis* » parce qu'il permet de mettre à mort le parjure qui a offensé sa Divinité. C'est donc une conception presque traditionnelle.

L'existence de cette sanction est justifiée par le caractère du serment promissoire : il est une promesse faite « *diis testibus* » ; l'enfreindre, c'est commettre un *nefas* (1) ; mais si le *jus* et le *fas* sont séparés en tant que termes (2), ils ne le sont pas encore en tant que champ d'application ; quoi d'étonnant que la *manus injectio* dont l'existence est avérée pour le *nexum* soit aussi donnée en cas de *jusjurandum*, puisque, si la nature des actes est différente, leurs résultats sont identiques : ils visent tous deux à créer une obligation.

Tite Live pouvait donc bien dire en parlant du serment (III, 2), que les Dieux étaient des témoins, mais qu'ils pouvaient être des vengeurs, « *nunc testes esse, mox ultores* (3) ». C'était une simple paraphrase de cette idée que la Divinité offensée pouvait sans doute agir, mais que, ne condescendant pas souvent à prendre en main elle-même la répression du parjure, elle confiait ce soin aux hommes. Parmi ceux-ci, le plus lésé, le créan-

---

(1) Leist (*Græco-Italische Recht*, p. 52, note C) voit dans le *nefas* et la conception qui attribue au parjure une foule de maux envoyés par les dieux la dégradation d'une vieille idée étrusque d'après laquelle le coupable mène ici-bas une vie fugitive et ne peut jamais revoir sa patrie, sans préjudice naturellement des sanctions de l'autre monde.

(2) Servius (*Géorgiques*, I, 269), Tite Live (VII, 31) p. ex. emploient encore la formule conjointe *fas et jus*, le premier, pour le commentaire des épisodes antiques ou mythologiques, le deuxième, pour les discours des personnages des premiers temps de Rome.

Isidore (*Origines*, V, 2).

(3) Ihering, *Geist. d. R. R.* I, p. 265.

cier du débiteur infidèle à sa parole, avait à sa disposition et pour satisfaire son intérêt propre et pour venger les Dieux, puisque ces deux buts étaient atteints par un seul acte, la procédure de la *M. I.*, comme l'avait également le créancier *per æs et libram* envers le *nexus*.

Mais à côté de cette sanction positive, il y avait une sanction négative. Indépendamment du défaut de protection générale qu'encourait le parjure s'attirant la colère des Dieux, celui qui s'était obligé en prononçant la vieille formule du serment « *si sciens fallo* (1) » et celui qui jurait « *per Jovem lapidem* » renonçaient *sponte sua* en cas de non accomplissement de leur promesse à toute protection du droit (2), et se mettaient volontairement hors la loi. C'était le but même de l'*exsecratio*.

L'*exsecratio* devait particulièrement être efficace dans la vieille forme du serment « *per Jovem* », forme primitive (3), s'il faut en croire l'étymologie donnée par Ennius qui dérive *jj.* de *Jovis jurandum*. Prononcée en termes solennels, cette *exsecratio* « *suis patriis, suis legibus excidat* » devait avoir des effets positifs (4) et la contrainte, en l'espèce la seule procédure de coercition directe existante : la *manus injectio*, devait intervenir pour que, sous cette menace, le *jurator* exécuta soit sa promesse, soit la « *pœna* » à laquelle il s'était volontairement soumis (5).

---

(1) Tite Live, 22, 53, *Serment de Scipion)*.

(2) Danz, *Sak. Schutz*, p. 15 *sq.* ; Polybe, III, 25 ; Paul Diacre, v° *Lapidem silicem* ; Tite Live, XXVI, 25.

(3) Apulée, *de Deo Socratis*, V ; Cicéron, *De Off.*, III, 29.

(4) Danz signale l'existence d'une institution analogue à *l'exsecratio* dans les temps modernes. Il cite une relation d'explorations sud-africaines où des colons, esprits profondément religieux, s'engagent solennellement à quitter leur résidence et à repasser la mer, s'ils violent les engagements qu'ils ont pris envers les compagnons. C'est presque le *suis patriis, suis legibus excidat*.

(5) Quelle procédure devra-t-on employer ? Danz ne le spécifie pas, et pourtant si pour l'exécution de la promesse on conçoit l'application de la *manus injectio*, il faut que pour l'exécution de la *pœna* (alternative laissée sans doute au choix du créancier) intervienne un mode qui, lui, ne déri-

Ces faits nous expliquent la conception romaine du *jj.* Cicéron (De Off. III, 31), dit qu'il est le plus fort moyen « *ad adstringendam fidem* » et il le montre sanctionné par les XII Tables. Or les mots « *ad adstringendam fidem* » impliquent un lien non seulement interne et moral, mais externe et coercitif (1). Le serment promissoire lie la volonté, comme le font les formalités du *nexum.* Aussi Cicéron nous le montre sanctionné par les « *leges* » des XII Tables, ce qui justifie dans son sens propre l'expression employée : « *adstringere* ».

Seulement, cet aspect primitif de l'institution a été caché par la dernière phase de son évolution. De même que le *nexum*, contrat réel, avec pesée véritable, a vu ses formalités se transformer en purs symboles fictifs, de même, le serment tombant de plus en plus en désuétude, l'*exsecratio* a perdu toute efficacité pour devenir une simple formule, n'impliquant plus guère que des sanctions d'ordre moral. Mais cette évolution ne doit pas faire oublier le caractère primitif du *jj.*

Reste à fonder la sanction positive et juridique du serment sur des textes. Danz semble avoir ici éprouvé quelque embarras, car c'est sur une seule source, littéraire d'ailleurs, qu'il s'appuie pour en induire l'existence de la *M. I.* en cas de serment. L'efficacité de celle-ci est hors de doute : le *jurator* ne peut pas considérer la *vis* employée par le créancier comme *injusta,* car dans l'*exsecratio* s'étant soumis volontairement aux maux les plus cruels, il l'est donc à la vengeance de celui qu'il a frustré. Du reste, puisque, de ce chef, il s'est retranché volontairement du cycle des citoyens protégés par la loi, il ne pourra *depellere manum* en fournissant un *vindex.*

---

vera plus de la vengeance privée; ce sera peut-être l'*interdictio aqua et igni,* impliquant l'existence d'une autorité surveillant les rapports juridiques entre particuliers.

(1) D., 45, 1, frg. 99, *pr.* D., III, 3, frg. 67.

Qui voudrait être le *vindex* d'un parjure ? D'où efficacité de la *manus injectio* du créancier.

Pour l'existence de celle-ci, il y a également un argument à *fortiori*. On sait que les Dieux n'interviennent pas toujours dans la répression du parjure et que souvent ils se contentent de donner occasion à une vengeance accomplie par les hommes. Pourquoi ne permettraient-ils pas plus facilement une *manus injectio*, directement effectuée par l'individu lésé, intervenant non pas seulement comme exécuteur de la volonté divine, mais comme créancier d'un contrat juridiquement valable ? C'est cette idée que confirme le texte de Virgile commenté par Servius (*ad AEn.* X, 419), « *Injicere manum Parcæ telisque sacrarunt Evandri* ». Servius ajoute « *traxerunt debitum sibi et sermone usus est juris, nam M. I. dicitur quotiens, nulla judicis auctoritate expectata, rem nobis debitam vindicamus.* »

Halesus, à sa première intervention dans la mêlée entre partisans d'Enée et de Turnus, va être percé par le javelot d'Evandre. Les Parques le réclament comme leur dû et ce, par la *M. I.* Le commentaire de Servius dans sa généralité, montre que la *M. I.* peut sanctionner le serment, puisque « toutes les fois qu'un débiteur doit une chose ou une prestation, son créancier peut « *nulla judicis auctoritate expectata* », par elle « *vindicare rem sibi debitam* ». Ce n'est, au cas de *jj.* que l'application d'une règle générale.

β) LES CRITIQUES ET LA DOCTRINE DE PERNICE (1)

D'abord l'argument de texte. Danz ne cite comme garant que Servius qui ne passe pas pour avoir donné des renseignements précis sur toutes les institutions juridiques de Rome, en particulier sur cette vieille procédure

(1) *S. B.*, 1885. II, p. 1167, note 6.

de la *M. I.* dont il ne devait guère connaître que le nom et quelques cas anciens d'application.

On peut surtout se demander si la liaison étroite qu'il établit entre une chose due, susceptible de faire l'objet d'une *vindicatio*, et la *manus injectio* est bien fondée. L'explication que Danz donne du vers de Virgile est douteuse et présente d'ailleurs un mélange assez confus de deux images dont l'une serait fournie par la procédure *(injicere manum)* et l'autre par la *dedicatio (sacrarunt Halesum)*. Cette bizarrerie disparaît si l'on admet que l'expression « *manus injicere* » est tout simplement employée, sans aucune allusion à son caractère de voie d'exécution, comme synonyme d'appréhender, et par extension de se rendre maître (sich bemächtigen), d'où le sens dérivé de se faire justice. Ainsi l'emploient Pétrone (*Sat*, 115 : « *injicio ego phrenetico manum* ») et même les juristes (D, 18, 7,9).

Si l'on veut attribuer au texte de Virgile et de Servius cette explication plus rationnelle, on arrive au sens suivant : les Parques revendiquent Halésus comme leur propriété (1), car il leur a été consacré, et pour l'avoir sûrement elles le font tuer par Evandre. Comment de cette explication toute naturelle (2) de Virgile et de Servius, a-t-on pu tirer des déductions relatives à la sanction du serment ?

Une confirmation de cette argumentation est donnée par la dernière scène du *Rudens* où le dialogue roule sur le manque de parole de Labrax, lequel s'est pourtant obligé par serment. Il n'y a pas dans tout le texte une seule indication que Gripus et Demones puissent, de ce chef, se jeter sur le parjure et employer contre lui la *M. I.* Bien mieux, Labrax (vers 1383), pose à Gripus une question ironique : « *tu n' meo pontifex perjurio*

(1) Ovide, *Amores*, I, 4, 40.
(2) Cf. Macrobe, *Sat.*, III, 7, 3.

es ? » et Gripus, qui pourtant fait grand usage du bâton et qui aurait là une occasion magnifique d'exercer la *M. I.*, reste coi sans opposer à l'impudence du prostituteur, la menace pourtant bien naturelle d'une correction.

Le deuxième argument de Danz est un argument à *fortiori* (1) : Puisque les Dieux permettent la vengeance, pourquoi la *manus injectio* n'aurait-elle pas lieu ? » Mais c'est heurter à la fois la logique juridique et la conception développée du serment. Une offense aux Dieux peut bien autoriser les gens pieux à punir cette faute. Mais il ne s'ensuit pas à *fortiori* la possibilité de la justice personnelle se traduisant par la *M. I.* Le serment prêté pour l'accomplissement d'une convention et la vengeance pour un crime contre les Dieux sont deux domaines distincts et aucun argument syllogistique ne peut prévaloir contre cette constatation. D'ailleurs la question perd beaucoup de son intérêt : car Danz admet que depuis les XII Tables, la *M. I.* est en pleine décadence (2). Il faut donc chercher une autre sanction pour le serment qui néanmoins subsiste.

Pernice n'a pu, vu l'absence de textes, qu'opposer à la théorie de son prédécesseur une théorie contraire. Danz prenait au sérieux la *precatio* (ou *exsecratio*) qui suit le *jj*. Pernice croit qu'il ne faut pas la prendre à la lettre. Elle évoque seulement le pire malheur qui puisse arriver au parjure et ne fixe pas les peines réprimant obligatoirement sa faute. Ce caractère est visible dans le

---

(1) *R. R. G.*, II, p. 37.

(2) *S. B.*, 1885, II, pp. 1165, 1166.

Les textes postérieurs en parlent cependant. Les frgs. du Vatican § 6 la mentionnent « *Mulier servam ea lege vendidit, ut si redisset in eam civitatem, m. i., esset...* » (Voir à l'appendice : la *revocatio in servitutem*). Dans cette vente conditionnelle, si l'esclave affranchie revient dans la cité de la vente, elle peut être replacée *in perpetuam servitutem*. Le terme de *M. I.* est également employé en matière de ventes sous condition d'affranchissement (Papinien, *D.*, 40, 2, 20, 2 ; Paul, *D.*, 40, 8, 7 ; Ulpien, *D.*, 2, 4, 10, 1).

plus vieux serment par « *Juppiter lapis* » : « Que Jupiter me chasse de mon pays, qu'il me prive de mon patrimoine et de mes droits, comme cette pierre échappe à ma main qui la lance. ». Si on veut prendre ce texte au mot, c'est la formule d'une excommunication majeure, c'est le retranchement de la vie civile et politique. De même pour la formule de *precatio* plus générale « *Di immortales extorrem patria incolumitate bonisque omnibus fascint* ». Faut-il y voir une alternative ou d'aller volontairement en exil ou d'être banni par l'Assemblée du peuple ? Rien n'autorise à le croire. La formule du vieux *fœdus* : « Que Jupiter me frappe comme je frappe cette brebis, qu'il frappe le peuple romain comme je le fais de ce porc », et l'*exsecratio* bien connue : « Qu'il me fasse mourir moi et ma maison de la mort la plus cruelle », révèlent des sentiments si exaltés qu'il semble difficile de les prendre à la lettre ; si l'on ne veut pas y voir des amplifications dignes d'un rhéteur, du moins peut-on dire que ces paroles surannées sont simplement destinées à mettre en relief la valeur et l'importance du serment précédemment prononcé.

Pour la dernière formule citée (1), il convient de noter qu'elle est en complète contradiction avec la conception romaine du *jj.*, qui y voit une obligation strictement personnelle, ne passant jamais aux héritiers ; il est donc étrange de trouver mentionnée dans la *precatio* la famille du *jurator*, comme devant être soumise aux conséquences du parjure. L'idée que la faute des pères peut être punie dans la personne des enfants est étrangère au droit romain primitif (2) ; tout porte à penser

---

(1) PERNICE, *S. B.*, 1886, 2, 1189.

(2) Cette idée éminemment paradoxale est propre à Pernice. Elle semble devoir être écartée tout spécialement par le fait des *filii nexi* se donnant en esclavage en raison des dettes contractées par leurs pères. On peut, il est vrai, objecter que certaines actions délictuelles, celles que les commentateurs ont désignées comme « *vindictam spirantes* » (*actio injuriarum, de*

que dans la *precatio* de tels anathèmes servent seulement à l'ornement extérieur du serment et n'ont pas du tout la valeur que Danz leur attribue assez complaisamment.

Mais, dira-t-on, il reste le texte de Cicéron (1) (*De off*, III, 31), attribuant au serment une sanction séculière. Il semble dire que les XII Tables auraient établi de nouvelles pénalités ou auraient modifié les anciennes : « *id indicant XII Tabulæ* ». Mais quel était au juste ce serment ? et suffit-il des mots « *ad adstringendam fidem* » pour y voir l'indice du serment promissoire ? Que sont ces « *leges in XII Tabulis* » dont parle Cicéron ? Pernice se refuse à voir dans un témoignage aussi vague l'attestation d'une sanction du *jj.* par les XII Tables et pense que Cicéron s'est représenté la réglementation qu'il leur attribue sur de faux témoignages. (2)

La théorie de Danz (3) se trouve donc réfutée : arguments peu probants (nature de l'*exsecratio*, témoignage de Cicéron), peu sûrs (texte de Virgile et son commentaire par Servius), contradictions (le passage de la sanction du parjure à la descendance du *jurator* et le caractère personnel de l'obligation), tout cet édifice d'une logique spécieuse semble ne pouvoir résister à la critique. D'où cette conclusion : le serment n'a jamais eu une sanction séculière, telle que la *manus injectio*. Si on

---

calumnia) s'éteignent en tant que créances par la mort de l'offensé, mais c'est en raison du droit exclusif qu'a la victime à l'amende.

D'ailleurs, quel que soit le parti que l'on peut prendre relativement à la transmissibilité des obligations primitives, l'objection de Pernice n'en est pas moins forte : car (nous l'avons vu précédemment) le serment ne crée qu'un lien obligatoire strictement personnel.

(1) M. Brissaud (*loc. cit.*, p. 550) lui donne encore une plus grande importance en assimilant d'après D, 3, 3, frg. 67, l'expression *fidem adstringere* à celle « *vinculum obligationis suscipere* ».

(2) S. B., 1885, II, p. 1168, note 1 et *sq.* ; Aulu-Gelle, 20, 1, 53.

(3) Pernice lui reproche en outre de se baser sur des textes, soit de commentateurs, soit d'écrivains du début de l'époque classique, et de ne pouvoir citer une seule fois les écrivains de l'époque impériale que l'auteur considère comme seuls dignes de foi.

veut lui attribuer des effets, il faut les chercher dans le domaine de la loi morale et religieuse.

B. — Sanctions extraséculières.

α) SANCTIONS MORALES.

C'est sur le terrain du *regimen morum* que le serment promissoire peut tout d'abord être sanctionné, et ce *regimen*, nous le savons, fut exercé suivant les époques d'abord par le Roi sur les citoyens et les *gentes* sur leurs membres, puis par le Censeur et les *collegia Opificum*, sortes de Conseils de Prud'hommes, sur les *cives* d'une part, sur leurs *sodales* de l'autre (1).

Que le parjure pût faire l'objet d'une *nota* du Censeur, c'est ce qui semble indiscutable (2). Mais quelle était l'efficacité de cette mesure, nous ne le savons guère. On a prétendu (3) que le parjure encourait l'infamie et la déchéance du *jus honorum*, qu'il ne pouvait figurer comme témoin dans un acte solennel (4), qu'il était taxé d'*improbitas* (5). A vrai dire, on ne peut affirmer qu'une chose : c'est qu'il perdait l'estime des honnêtes gens. Mais, étant soumis à la *nota* censoriale (6), il

---

(1) MUIRHEAD, *Droit privé de Rome*, trad. Bourcart, p. 28.

(2) PERNICE, S. B. 1886, II, p. 1187 ; CUQ, *Inst. Juridiques*, I, pp. 391 *sq.* ; MOMMSEN, *Staatsrecht*, II, p. 3802 ; *Strafrecht*, pp. 681 *sq.* ; PERNICE, *Labeo*, I, p. 142 ; LANGE, *Römische Alterthümer*, pp. 672, 678, 187 *sq.*

(3) CUQ, *Manuel*, p. 519, note 5. (Table d'Héraclée, l. 113).

(4) DAREMBERG, v° *J. J.* ; D, 28, 1, 26.

(5) VOIGT, *Die XII Tafeln*, I, p. 555, note 10, prétend même que la *nota* produisait l'*improbitas* et que la Table II la mentionnait expressément comme sanction du serment. La preuve en serait difficile, car la Table II (GIRARD, *Textes*, p 13), dans son frg. 3. ne parle que d'une pénalité relative à celui qui aura refusé de témoigner. Ne serait-il pas plutôt question ici du serment assertoire ? Pour Voigt également (II, p. 276) la *nota* aurait été successivement prononcée par le *pater*, le Conseil du Roi, les Consuls, enfin les magistrats en général.

(6) CICÉRON, *pro Cluentio*, 48 ; *De Off.*, II', 31. « *Id indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de jurejurando judicabant.* »

devait être, semble-t-il, passible de pénalités. C'est l'efficacité de ces sanctions qu'il nous faut rapidement envisager dans le droit classique et la période immédiatement antérieure.

Cette sanction est bien connue pour le cas de parjure de tous les écrivains classiques (1), mais ses effets sont, sauf quand elle atteint un sénateur ou un chevalier (2), assez imprécis. Pour un simple particulier, elle n'aurait guère eu pour effet que de porter atteinte à son *existimatio* et Pernice (3), ne voit en elle qu'une simple déconsidération morale. Le *civis* frappé de la *nota* ne sera pas exclu *ipso jure* par le Préteur de l'emploi de juge ; le Consul ne l'écartera pas des élections. C'est une simple pénalité morale qu'il subit. Et le *pro Cluentio* (chap. 44, sq.), en fournit une ample démonstration.

Cicéron (chap. 42), pose d'abord en principe *(hic primum illud commune proponam)* que « *nunquam animadversionibus censoriis hanc civitatem ita contentam ut rebus judicatis fuisse* ». Exemple topique : Gèta, sénateur, exclu du Sénat par les Censeurs, fut par la suite lui-même nommé Censeur : « *et cujus* (Geta) *mores a censoribus erant reprehensi, hunc postea et populi romani et eorum qui in ipsum animadverterant, moribus præfuisse* ». Dans le chapitre 43, Cicéron confirme que rien ne fait de la *nota* des censeurs une cause d'indignité. Des sénateurs, des chevaliers érigés en juges de *cives* atteints par elle, les ont acquittés et les préteurs urbains, quoique liés par leur serment

---

(1) Cicéron, *De Off.*, III, 32 ; Valère-Maxime, II, 9 ; Tite-Live XXII, 61 ; XXIV, 18 ; Mommsen, *Staatsrecht*, II, 1, p. 357 ; II, 1, p. 304 ; Willems, *Droit public*, p. 263.

(2) Exclusion du Sénat, retrait du cheval concédé par l'Etat, Daremberg, v° *Censor* pp. 995, 996. (*Animadversio, notio, ignominia, opus censorium, minutio existimationis*) ; sur le retrait de son cheval à l'*eques Salinator*, (Voigt, *J. N.*, III, p. 235), sur les Censeurs, Lange, *Röm. Alterth.*, I, p. 672, p. 187 *(ignominia)* pp. 678-679 (*notio, notatio, animadversio*).

(3) *Labeo*, I, p. 242.

de n'admettre comme juges que des hommes d'une probité reconnue, n'ont jamais cru que la *nota* censoriale pût les arrêter dans leur choix, pas plus (chapitre 45), que les préteurs et les édiles curules pour le recrutement des auxiliaires de la Justice.

D'ailleurs, les décisions censoriales paraissent n'avoir jamais été prises au sérieux. Scipion l'Africain (chap. 48), étant censeur dit de Licinius Sacerdos qu'il avait commis un parjure en règle « *illum verbis conceptis pejerasse* » et pourtant il ne lui infligea pas de *nota*. Cicéron l'explique pour les besoins de sa cause en disant qu'il ne voulait pas s'en rapporter à sa seule conscience. Mais le censeur n'avait nullement besoin d'attendre l'action d'un tiers et le *regimen morum* dont il était investi lui conférait un droit d'action personnel, sans lequel ses attributions auraient été illusoires. Il est plutôt à croire que Scipion, comblé d'épithètes laudatives par Cicéron, n'aurait pas hésité à classer le chevalier suspect parmi les *œrarii* s'il avait cru une pareille pénalité de nature à lui infliger quelque embarras.

Il faut donc voir dans la *nota* son véritable caractère : manifestation désuète d'un pouvoir successivement exercé par le Roi, les Consuls, le Censeur, d'un caractère peut-être efficace à l'époque royale où le *jus* et le *fas*, peu nettement délimités, ont permis de lui attribuer des sanctions religieuses, mais qui, à l'époque de Cicéron, ne s'est guère maintenu qu'en raison de l'esprit conservateur des Romains. Cette institution avait pour but de frapper particulièrement sénateurs et chevaliers, et surtout d'empêcher l'accès au Sénat de *cives* déconsidérés dans l'opinion publique. Nous venons de voir avec le *pro Cluentio* ce qu'il en advint plus tard et comment Gèta censuré devint lui-même censeur. S'il en était ainsi pour les hauts personnages, pour le menu peuple la *nota* censoriale devait être bien indifférente ; faisant sien le principe du Labrax du *Rudens* « le serment n'est pas fait

pour donner, mais pour conserver », il pouvait pratiquer en toute tranquilllité le parjure.

Absence de sanctions juridiques, inefficacité des sanctions morales, telles sont les conclusions auxquelles nous arrivons avec Pernice. Nous devons maintenant examiner la question des sanctions religieuses.

β) SANCTIONS RELIGIEUSES

Leur nature et leur efficacité ont été différemment comprises : les uns ont voulu les laisser dans les bornes de la religion, les autres ont prétendu qu'elles avaient des conséquences matérielles. Aussi nous faut-il exposer séparément deux théories : l'une de Pernice, l'autre de Danz.

I. — *Théorie de Pernice* (1).

Les Dieux, pris à témoins dans le serment, sont intervenus pour donner à un acte dépourvu d'effet une sorte de consécration. Ils doivent donc en cas de parjure venger l'affront à eux fait ; à cette sanction s'est volontairement soumis dans la *precatio* le *jurator* devenu maintenant « *impius* » (2). C'est une vieille croyance que l'on peut toujours faire appel en tout état de cause à la justice divine et que les Dieux punissent le parjure et récompensent ceux qui sont restés fidèles à leur serment (3). Aussi Cicéron pouvait-il *(De off.*, III, 104) qualifier le *jj.* d'*affirmatio religiosa* : épithète désignant dans son sens dérivé l'acte dans lequel subsiste une certaine croyance religieuse.

---

(1) S. B., 1885, II, p. 1164.

(2) MARQUARDT, *Op. cit.*, III, p. 257.

(3) VIRGILE, *Æn.*, XII, 195-200 ; JUVENAL, *Satires*, II, 174-184 ; PROPERCE, *Elégies*, II, 16, 47, 50.

Toutefois, les Dieux sont souvent peu portés à intervenir eux-mêmes et comme dans leurs relations avec les mortels ils aiment à s'entourer d'un certain mystère, leur action a, pour les sceptiques, paru inopérante. Du reste, l'Etat ne secourera par aucun moyen ni les Dieux, ni leurs représentants terrestres, les prêtres. On suppose que la Divinité ne laissera pas survivre le coupable à son crime, mais on ne lui prête pas main-forte. A elle à agir, soit personnellement (Jupiter foudroie le coupable), soit par l'intermédiaire des hommes (meurtre, exil du parjure), soit par des événements d'apparence fortuite (suicide, maladie) ; mais ce sont encore les Dieux qui, dans ce dernier cas, par des voies détournées, poussent le parjure à se tuer ou lui envoient les plus terribles épreuves.

Mais les Dieux ont surtout à leur disposition un procédé qui paraît, dans certains cas, une suite temporelle du parjure et qui néanmoins en est une conséquence extraséculière. Ils inspirent aux concitoyens du coupable le plus profond mépris pour lui. En un mot, ils le rendent *infamis* au point de vue religieux. Ce n'est pas une excommunication, mais une variété de cette institution. On considère le parjure, qui, s'il était fidèle à la *precatio* de son serment, devrait se punir lui-même volontairement, comme devant s'abstenir de prendre part au culte, non pas qu'il en soit exclu par une sentence formelle, mais en raison de ce sentiment que, s'il n'y a pas empêchement juridique, on ressent une certaine gêne et on éprouve une certaine appréhension de la colère divine, en voyant le coupable assister aux cérémonies sacrées. On ne l'en expulse pas, lorsqu'il y participe, mais on s'abstient de continuer le sacrifice et on fait ainsi comprendre à l'impie qu'il est préférable pour lui de quitter l'enceinte du temple. C'est exactement la même pensée que traduit le Censeur dans sa *nota*, en signalant le parjure au mépris éventuel de ses

concitoyens, quitte pour le coupable à n'en tenir aucun compte.

Ainsi furent traités les prisonniers d'Hannibal dont Aulu Gelle (1) nous a narré l'histoire. Ceux qui, au lieu de revenir se constituer derechef prisonniers ainsi que leur serment les y obligeait, préférèrent ne pas suivre l'exemple de Régulus, restèrent à Rome, sans être frappés de peines matérielles. Mais ils subirent la *nota* censoriale et sous la pression de l'opinion publique dûrent cesser de prendre part aux cérémonies sacrées. Déshonorés aux yeux de leurs concitoyens, ne pouvant participer au culte national, ils vécurent en marge de l'existence sociale et religieuse romaine, expiant ainsi leur crime dans une situation analogue à celle qu'aurait pour eux créée une excommunication en règle.

II. — *Théorie de Danz* (2).

Girtanner (3) objecte à Danz que l'intervention des Dieux dans le *jusjurandum* doit se produire immédiatement ; sinon la *precatio* perd toute sa valeur. Ainsi dans le serment *per Jovem lapidem* (4) le contractant dit « Que Jupiter me frappe, si je manque à mon serment, m'exilant de tout ce qui m'est cher, comme cette pierre est lancée par ma main ». C'est impliquer une certaine concomitance entre le parjure et sa répression, œuvre uniquement divine, œuvre du Dieu pris à témoin. Celui-ci, par une immédiate intervention dans les rapports humains, va manifester clairement sa volonté de répri-

---

(1) N. A., VI, 18.

(2) *Geschichte*, II, p. 32; *Sak. Schutz.*, p. 47.

(3) *Die stipulatio*, p. 68.

(4) Leist, *R. R. G.*, remarque l'importance du rôle joué par la foudre dans le serment (p. 734) notamment dans celui *per Jovem lapidem* où le *jurator* tient un silex dans la main. La foudre, agent d'exécution des dieux, est la traduction la plus immédiate de la volonté divine.

mer la violation du serment. On ne peut donc admettre la possibilité d'une substitution des hommes aux Dieux dans la répression du parjure.

Danz écarte l'objection : sans doute, *in terminis*, le serment doit être sanctionné par le Dieu invoqué, mais il n'est pas spécifié que celui-ci devra, pour réaliser l'*imprecatio* et punir le parjure, employer un moyen déterminé. Lorsque le Dieu se servait des hommes, c'était néanmoins, aux yeux des croyants, une des multiples façons par lesquelles sa volonté s'accomplissait. C'était une intervention médiate, mais c'était une intervention divine quand même.

Quelles seront donc les peines réprimant le parjure ? Si l'on attend que les Dieux agissent, beaucoup de scélérats demeureront impunis. Heureusement, il y a toujours eu des hommes, qui, soit sentiment religieux, soit intérêt, se font les exécuteurs des volontés des Dieux. Ceux-ci leur laissent toute liberté d'action, se contentant de retirer au parjure leur protection. Non seulement en le frappant on ne commet aucun crime, mais on fait un acte religieux, méritoire, et la protection divine qui faisait défaut au coupable se trouve replacée sur la tête du meurtrier.

C'est que le parjure est « *impius* », terme qui, à l'époque classique, est vide de sens. Mais avant les XII Tables, étant *impius*, il est *sacer* ; s'il est *sacer*, il est *hostis* : c'est un être hors la loi que quiconque (et non pas seulement son créancier direct comme dans le *nexum*) peut frapper. Quelle que soit la Divinité invoquée dans le *jj.*, mais surtout si c'est Jupiter, ces effets vont se produire.

Ils sont néanmoins toujours religieux : c'est l'*impietas* qui les engendre et non le manquement à la *fides*, conception trop abstraite pour figurer dans une législation primitive ; s'ils paraissent exagérés, n'oublions pas qu'ils sont volontaires en apparence du moins. Car

c'est un principe pour Danz que la *precatio* est une formule d'une valeur réelle par laquelle le *jurator* se soumet à des calamités que les Dieux lui enverront. Il s'est lui-même *damnatus* en vue d'un cas particulier : à lui à en subir les effets. Le milieu est nettement favorable à de semblables pénalités : seul, le *fas* « *divina lex* » est constitué d'une manière bien précise, et la religion faite de pratiques superstitieuses requiert des punitions sévères. Celles-ci vont être signifiées au coupable par la « *detestatio sacrorum* », sorte d'excommunication en règle. Dès lors, plus de participation aux *sacra*, plus de possibilité d'invoquer la protection des Dieux, tous solidaires de l'offense reçue par l'un d'eux. Bien mieux : expulsion du parjure de toutes les cérémonies sacrées, liberté absolue d'attenter à sa vie, à ses biens. En définitive, s'il veut sauvegarder son existence, il lui faut s'exiler (1) ; peut-être même l'exil était-il une pénalité effective prononcée contre lui.

Nous avons vu que ces sanctions étaient comprises dans la « *detestatio sacrorum* ». Mais qui va la prononcer ?

Danz croit qu'à l'époque du mélange entre l'autorité royale et les attributions pontificales, le Roi décidait ; puis, après la séparation de ces pouvoirs, ce furent les Pontifes ou peut-être le Grand Pontife seul. En tous cas, le *jusjurandum* a pu leur être indirectement soumis par le moyen bien connu du *sacramentum* (2). Dans la *precatio*, le *jurator* a pu consentir à perdre au profit du créancier un enjeu déposé dans un temple. Non payé, le créancier pouvait demander sa mise en possession de

---

(1) Ce serait la première application d'une institution systématisée postérieurement : l'*interdictio aqua et igni*, où l'exil n'était pas prononcé en réalité, mais par suite de laquelle celui qui en était frappé n'avait d'autre ressource que de quitter sa patrie et d'aller dans une autre cité qui consentit à le recevoir.

(2) Bouché Leclercq, *Les Pontifes*, p. 169.

l'objet, soit comme gage, soit comme propriété : d'où nécessité pour la juridiction pontificale d'intervenir à la suite de cette demande et, avant de rendre cette décision temporelle, de trancher la question spirituelle du parjure, en appréciant antérieurement la valeur et la régularité des termes du serment ; bref, dans tous les cas, d'en connaître. C'est ce qui explique la réponse de Labrax (*Rudens*, V. 3, 21) à Gripus lui reprochant son parjure : « Es-tu donc Grand Pontife pour en connaître ? » C'est une preuve de l'existence à l'époque de Plaute, ou de la réminiscence d'une époque antérieure où elle existait, de la compétence des Pontifes en matière de *jj.* (1).

III, — *Critiques. Autres doctrines.*

Danz prétend que le parjure se rend d'abord impie, puis, que les suites de l'impiété sont excommunication

---

(1) Une autre doctrine sur le rôle des Pontifes a été soutenue par Muirhead (*Droit privé*, trad. Bourcart, pp. 21, 70). Les Pontifes excommuniaient le pêcheur en le déclarant *sacer*, en le vouant aux Dieux infernaux (*sacratio capitis*) ; en pratique aussi ils confisquaient sa fortune pour le service de la divinité offensée.

Toutefois, avant cette confiscation, il fallait une intervention de l'autorité temporelle (Festus : v° *sacer* (Bruns, *Fontes*, p. 288) voit dans la *sacratio* une sentence émanée de l'assemblée du peuple ; mais il se rapporte vraisemblablement aux contraventions des *leges sacratiæ* des premiers temps de la République : d'où le nom de *sacratio*).

En tous cas, celle-ci était de la compétence exclusive des Pontifes Mais avant la confiscation, il y avait indépendamment de cette *sacratio* une sorte d'excommunication, mi-laïque, mi-religieuse, où l'assemblée du peuple jouait un certain rôle ; elle prononçait la mise hors la loi du coupable, autorisait la confiscation de ses biens ; surtout sa décision affranchissait le meurtrier futur du parjure du risque de toute recherche dans l'avenir sur le point de savoir si le citoyen qu'il avait tué était « *sacer* » aux yeux de la loi religieuse. C'est, on le voit, un ensemble de procédés assez inconciliables avec le caractère de compénétration du *fas* et du *jus* dans le droit primitif et qui supposent une séparation des pouvoirs qui semble inconnue à ce dernier. Sa complexité et l'absence de tout fondement dans les textes suffisent à faire écarter cette conjecture.

publiée par la *sacrorum detestatio*. Voigt (1) y voit trois affirmations gratuites.

D'abord le parjure et l'impiété ne sont pas dans une relation de cause à effet. Ce sont deux actes bien distincts. Le parjure est l'extériorisation temporelle d'un sentiment purement interne et personnel : la conscience de la violation, que l'on commet en ne tenant pas son serment, d'un engagement placé pourtant sous la tutelle divine. Cet engagement non tenu et la conscience que l'on a de sa faute, c'est l'impiété ; mais impiété et parjure ont deux domaines bien délimités.

Quant à l'excommunication formelle entraînée par l'impiété, nous n'en trouvons aucune mention dans les textes. Les suites de l'impiété seront simplement des punitions de nature strictement religieuse : la défense de prendre part aux prières et aux sacrifices (car la *castitas*, la propreté corporelle et spirituelle sont également exigées), et l'inefficacité du sacrifice effectué ou de la prière faite (2) par l'impie ou en sa présence.

Enfin cette *sacrorum detestatio* ne nous est connue que comme une institution se rapportant à l'adrogation, et permettant aux curies de déclarer l'adrogé (3) étranger à son ancien culte domestique ; mais elle n'implique aucune idée de pénalité. Elle semble avoir été de toutes pièces inventée par Danz pour les besoins de sa cause.

Pernice (4) reprenant l'idée de Girtanner s'élève contre la conception de Danz qu'il qualifie « d'artificielle et fausse ». C'est qu'en effet de l'excommunication de l'*impius* nous n'avons aucune preuve et rien ne prouve que les suites de l'*impietas* ne soient pas du domaine exclusif de la conscience privée.

---

(1) *Jus naturale*, III, p. 239 et note 355.
(2) Cicéron, *De legibus*, II, 9, 22.
(3) Girard, *Manuel*[6], p. 175.
(4) S. B., 1885, II, p. 1164.

Voigt (1) a également objecté à Danz que l'exil du parjure et l'*aquae et igni interdictio* qui l'accompagne (et il serait facile de prouver que cette dernière ne devait pas être connue de l'époque primitive), impliquent une sorte de *C. D. media.* Mais les textes ne nous disent pas que le parjure est *capite minutus.*

D'ailleurs Danz s'est basé sur la *precatio* du fétial dans la conclusion du *fœdus* « Que les Dieux m'exilent, etc. », mais peut-on inférer de ce serment solennel du droit public un principe général pour les serments du droit privé ? Remarquons aussi que dans le cas de *precatio,* l'exil est dans la main des Dieux ; or Danz le fait passer dans celle des hommes et en fait une sanction temporelle. C'est une déformation du caractère de cette pénalité.

Nous pouvons encore ajouter que la compétence pontificale (2) est sujette à caution. On ne connaît comme texte précis que celui de Plaute. Mais à cette époque, la juridiction pontificale devait avoir beaucoup perdu de son importance. On a alors vu dans le texte une réminiscence d'un état du droit antérieur. Il est permis d'y noter (une allusion aussi vague que « Te crois-tu Pontife pour juger mon serment », autorise cette supposition) une simple réplique venant tout naturellement à Labrax désignant par une expression ironique l'acte de Gripus qui, ordinairement occupé de besognes plus matérielles, s'érige en casuiste pour rappeler à Labrax la valeur du *jj.* Ce serait une expression commode pour désigner un expert en discussions subtiles et formalistes comme le comportait l'examen des questions que nous savons avoir été soumises à la juridiction pontificale (3).

La théorie de Danz repose également sur un postulat :

---

(1) *Jus naturale*, III, p. 243, note 363.

(2) Marquardt, III, p. 258, note 1.

(3) Bouché Leclerq, *les Pontifes*, pp. 165-169 sq. Le *Pro Domo* de Cicéron fut prononcé devant les Pontifes.

l'efficacité réelle de la *precatio*. Nous avons vu avec Pernice ce qu'il fallait en penser. Le *jurator* a prononcé un *damnas esto*. Mais rien ne prouve que cette *damnatio* qu'on trouve dans le *nexum* (1) ait existé dans le *jus-jurandum*. D'ailleurs, il y aurait une complète opposition dans l'un et l'autre cas. Dans le *nexum*, c'est le le créancier qui prononce la formule ; dans le serment, c'est le débiteur, antinomie qui exclut toute possibilité de comparaison.

Force est donc, après cet examen de la thèse de Danz, de reconnaître qu'elle contient trop de suppositions et qu'elle repose sur trop d'hypothèses, invérifiables pour la plupart et de nous en rapporter à la conception de Pernice ; quoique basée elle aussi sur des probabilités (inévitables dans un pareil sujet), elle a le grand avantage de ne pas présupposer des données que l'état des sources ne permet pas de confirmer.

Brissaud (2) a repris cependant la thèse de Danz, lui empruntant presque tous ses arguments : assimilation de la *precatio* à une réelle *stipulatio pœnæ*, rôle de l'*ira deorum* médiate ou immédiate, emploi de la *M. I.* que Brissaud considère, d'après Ihering (3), comme étant donnée de plein droit à tout créancier sur la personne de son débiteur, mise hors la loi du parjure devenu *hostis* et dont le meurtre ne nécessite pas une expiation, puisque ce sont les Dieux qui ont fourni l' « *occasio ulciscendi* », même conception du rôle du collège des Pontifes, compétent en matière de serment comme en matière de vœux. L'auteur prétend même (4) que les *responsa* pontificaux étaient une collection de jurisprudence « dont l'importance ne le cédait pas à celle de la loi »

---

(1) Girard [6], p. 489.
(2) Origine de la stipulation, *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. 37, p. 258.
(3) Esprit, t. I, p. 158.
(4) p. 261.

et pour justifier l'existence de cette collection, il cite les divisions du traité de Sextus AElius (554/200) : 1° XII Tables ; 2° *Interpretatio* ; 3° *Legisactio*, ces deux dernières parties étant l'œuvre des Pontifes. Quoiqu'il en soit de l'autorité de Marquardt (1), il est permis de placer ici un vaste point d'interrogation.

Leist et Kuntze (2) ont également suivi Danz. Mais, à part ces différences de détail, on ne voit comme effet à attribuer au serment promissoire que des sanctions religieuses. Si on en excepte la *nota* censoriale, peu efficace par elle-même, le *jj.* n'est guère sanctionné que par le *fas*.

Cette situation ne se produit d'ailleurs que dans une période où on croit aux Dieux et à leur vengeance. Or, la philosophie grecque et le scepticisme importés par Carnéade vont changer cet état d'esprit. De superstitieux le *civis* deviendra volontiers raisonneur et la plèbe elle-même ne croira plus guère à la foudre du grand Jupiter. Nous allons assister à la décadence concomitante du serment promissoire.

Sauf le *jusjurandum liberti* que nous étudierons postérieurement et le *jj. per principem* ou *per Principis numen*, dont la violation constitue le crime de lèse-majesté (3), crime réprimé avec plus ou moins de vigueur

---

(1) *Rom. Alt.*, VI, p. 316 *sq.*

(2) *Græco It. Rechtsgesch*, p. 704 ; *Excurse*, pp. 103, 154, 99.

(3) Tacite, *Annales*, 1, 73 ; *Dion Cassius*, 57, 89 ; Mommsen, *Strafrecht*, p. 586 ; *Staatsrecht*, II, p. 810 ; Alexandre, C., IV, 1, 2 ; IX, 8, 2 ; Ulpien (D. 12, 2, 13, 6), nous apprend qu'à son époque, la sanction était la peine des verges.

Pernice (*S. B.*, 1885, II, p. 1164) déduit de ce caractère purement séculier de la répression du parjure, en cas de *jj. per principem*, le caractère uniquement religieux de la sanction, quand le *jj.* était fait en attestant un Dieu. D'un côté se cantonne l'Empereur, de l'autre la Divinité et l'Etat n'a rien à voir dans les serments faits en invoquant les Dieux, serments dans lesquels les prêtres, fonctionnaires après tout, n'ont pu que timidement intervenir.

Nous laissons de côté les serments du Bas Empire, dont le caractère est trop peu net pour pouvoir être discerné (Mestreau, *Le Serment*, p. 119 sq ; Accarias, *Précis*, I, p. 357 ; serment de la veuve de ne pas se remarier pour acquérir la tutelle de son fils, serment du mineur, etc.).

suivant le bon plaisir des Empereurs, le serment, acte uniquement religieux, passe par une évolution dont Cicéron nous a laissé entrevoir le résultat. Les Dieux sont devenus de pures abstractions. On les conserve par respect archéologique, mais l' « *ira Deorum..... nulla est* » (1). Est-ce à dire que le parjure soit un acte permis ? Non, car il faut observer la foi jurée « *ne turpiter faceret* ». Remplacer de la sorte dans le *jj.* la sanction de la colère divine par la conception de la *turpitudo*, c'est provoquer la disparition de cette antique institution.

Suivant la remarque de Danz (2), Cicéron (3) marque bien les divergences entre la conception du *jj.* à son époque et celle qu'en avaient les XII Tables. Il oppose le serment contemporain à celui des *majores* que l'on pouvait encore connaître *(id indicant)* d'après les dispositions des XII Tables ou de leurs commentateurs. Et ce changement relatif aux effets du serment au point de vue de sa conception éthique est le résultat de cette croyance « que puisque les Dieux n'existent pas ou sont trop occupés des affaires célestes pour intervenir ici-bas » (4), il faut toutefois que la fidélité au serment subsiste en tant que principe. Sans lui, en effet, les résultats de l'évolution du droit, tels qu'ils s'étaient lentement développés depuis de longs siècles, seraient annihilés et il n'y aurait plus aucune sécurité dans les rapports entre concitoyens. Pour pallier à cet état de choses, on décida avec Cicéron qu'il y aurait « *turpitudo* » à ne pas tenir une promesse faite solennellement (5).

Mais ce n'est plus le Dieu lui-même, attesté *honoris*

---

(1) Cicéron, *De Off.*, III, 29. « *Non fait Jupiter metuendus ne iratus noceret...* », III, 28.

(2) *Geschichte d. R. R.*, p. 38.

(3) *De Off.*, III, 31.

(4) Leist, *Græco It. Recht*, p. 473.

(5) Kuntze (*Excurse*, p. 451) relève dans le *De Off.*, III, 29 l'évolution de la conception du *Deus Testis* à la *fides obstringens.*

causa dans le serment, qui peut agir. Il est remplacé par la *Fides*, conception mi-théologique, mi-laïque. On a, il est vrai, objecté que l'évolution aurait été plus nette et qu'on serait passé au contrat *verbis* par une sorte de serment purement laïque, désigné sous le nom technique de *jusjurandum*, le *sacramentum* étant le serment purement religieux ; on a voulu voir ces deux idées coexister dans le serment militaire, à la fois *jj.* et *sacramentum*.

Brissaud (1) a démontré l'inanité de cette conception et Bréal (2) a soutenu qu'étymologiquement le terme de *jj.* impliquait un acte religieux. On peut surtout répondre que le *sacramentum* semble avoir eu tjs un sens précis, relatif à la procédure (3) et qu'on ne voit pas du tout, à une époque où le contrat *verbis*, même sous sa forme primitive, n'existe pas, comment un serment soit disant laïque aurait pu produire des effets juridiques, et comment, ne faisant pas appel aux Dieux, et le *nexum* étant employé pour des cas bien déterminés, il aurait pu avoir des effets d'obligation.

A la fin de l'époque impériale, le serment promissoire ne subsiste plus que de nom et les apologistes chrétiens s'amusent de l'inconséquence de ces paiens feignant de croire aux Dieux et pratiquant constamment le parjure, sauf au cas de *jj. per genium principis ;* Tertullien (4) les raille : « *Majore formidine et calliore timiditate Cœsarem observatis quam ipsum de Olympio Jovem ; citius apud vos per omnes Deos quam per unum genium Cœsaris perjuratur* » et Minucius Felix (5) constate : « *Est tutius per Jovis genium perjurare quam regis* ».

Cependant un essai de réaction contre la décadence du *jj.* avait été tenté par quelques Romains, qui, sans se

(1) *Op. cit.*, p. 261 sq.
(2) N. R. H., 1883, p. 603.
(3) Gaius, IV, 12 et 13 ; Girard, *Man.*[5], p. 988.
(4) *Apologie*, 28.
(5) *Octavius*, 29.

faire beaucoup d'illusions sur l'existence et l'activité des Dieux, pensaient qu'il était nécessaire, pour la sécurité des transactions, de laisser subsister la croyance à la répression du parjure par la Divinité. C'est ainsi que Voltaire inventait la religion du Dieu-Gendarme. Déjà sous Auguste, Tite Live (1) voyait, sans sourire, dans la soudaine arrivée d'un orage, lors de la conclusion d'un traité, une manifestation de la colère éventuelle des Dieux en cas de violation du *fœdus* pour lequel on les avait solennellement attestés, et il croyait ou plutôt disait que les défaites militaires étaient autant de motifs de croire aux Dieux et à l'efficacité du serment : « *ut tot cladibus (legati) edocti tandem Deos et Jusj. esse crederent* » (2). Polybe (3) blâme, de même, qu'on rejette si légèrement la vieille croyance à la colère des Dieux et à ses suites et Servius (4) s'étonne naïvement de la doctrine des Epicuriens « *qui dicant Deos non curare mortalia* ». S'il faut en croire Tacite (5), Tibère aurait cru encore à l'intervention des Olympiens ; sollicité d'intervenir pour la répression d'un sacrilège, il répondit, soit dissimulation, soit conviction, soit plutôt, parce que c'était une échappatoire commode : « Que les Dieux s'en occupent ». « *Deorum injurias diis curæ* ».

Rien toutefois ne pouvait prévaloir contre le scepticisme, encore accrû depuis l'importation de ces multiples divinités exotiques qui prenaient rang au Capitole à côté des Dieux nationaux. Puisqu'on ne croyait plus, même à ceux-ci, pourquoi ne se serait-on pas exclusivement servi, dans les conventions, de formes civiles, plus pratiques et moins solennelles ? On y arriva par l'évolution qu'il nous reste à retracer et les apologistes chrétiens

---

(1) VIII, 6.
(2) XXX, 37 ; Valère Maxime, I, 1, 16.
(3) VI, 56.
(4) *Ad Æn*, II, 689 ; IV, 375-379.
(5) *Annales*, I, 73.

attaquant le vieux *jusjurandum* ne firent que porter des coups à une institution, qui après avoir eu une existence avérée, n'avait plus, depuis fort longtemps déjà, aucune vitalité (1).

---

(1) Il nous faut brièvement dire quelques mots de l'expiation du parjure. Le coupable en effet pouvait expier sa faute dans quelques cas seulement.

Muirhead (*Droit privé*, p. 21) voit dans les cérémonies de l'expiation, l'apparition véritable du rôle des Pontifes en matière de serment.

Lorsque l'impie désirait à la fois réparer le dommage causé à son créancier et apaiser les Dieux, il devait s'adresser aux Pontifes qui décidaient.

Si volontairement il n'avait pas tenu son serment, aucune expiation n'était possible. Mais si l'offense faite aux Dieux était le résultat d'une simple négligence ou d'une imprudence, l'expiation pouvait avoir lieu dans les formes ordinaires. Cette distinction est d'autant plus remarquable (p. 586) qu'à l'époque primitive on ne distingue pas entre l'injustice objective — c'est-à-dire la simple constatation que l'obligation n'a pas été remplie — et l'injustice subjective, c'est-à-dire le fait que [ce défaut de parole doit être attribué au coupable en personne et non à une circonstance extérieure. C'est ainsi que la formule de la *manus injectio* (Gaius, IV, 21) ne tient pas compte de la cause de l'inexécution (Ihering : *La Faute en Droit privé*, p. 14 sq.).

Il a donc fallu, en matière de parjure, une discrimination entre le cas fortuit ou la force majeure et la faute, qui aurait nécessité pour la possibilité de l'expiation, l'examen du cas par les Pontifes.

Voigt (*Jus naturale*, III, p. 239, note 355) a admis une autre distinction : l'*impietas* sera bien écartée par l'expiation, mais celle-ci sera plus largement permise : au lieu d'être uniquement permise dans le cas où le parjure est le résultat d'une négligence ou d'une imprudence, elle aura lieu dans tous les cas où il y aura faute, mais faute non dolosive (Marquardt, IV, 249), s'opposant à l'*impie commissum* (Bouché Leclerq, *Les Pontifes*, p. 179), pour lequel toute expiation est impossible. « *Impius ne credeto placari donis iram Deorum* » (Cicéron, *Lois*, II, 9).

Pour la première hypothèse : Cic, *de Leg.*, 9, 22 ; Denys, II, 73 ; VIII, 89 ; IX, 40.

Voigt (*die XII Tafeln*, p. 276) est d'avis que la juridiction pontificale ne serait pas intervenue au début, mais que ç'aurait été le rôle du Conseil du Roi ou du *pater familias* siégeant comme *judex domesticus*.

Le criterium de Voigt se confond en somme avec celui donné par Muirhead. C'est la distinction de la faute simple et de la faute dolosive, l'une permettant l'expiation, l'autre créant le *scelus inexpiabile*.

Mais pourquoi, si une telle distinction est admise pour l'expiation, ne le serait-elle pas pour le prononcé de la peine, car il importe avant de frapper le coupable de savoir s'il l'est vraiment ?

Et d'autre part, une semblable discrimination que Muirhead avoue être en complet désaccord avec la conception objective de l'obligation primitive, semble être le fruit d'une législation assez avancée. Il est peut-être plus prudent de remplacer ces développements par un point d'interrogation relatif à la nature et à l'emploi de l'expiation.

Section IV. — **La sponsio** (1) **et le serment.**

Les XII Tables qui au témoignage de Cicéron parlent du serment, sont muettes sur la *sponsio*. Voigt (2) remarque avec une logique assez facile que ce silence est impressionnant, car si les XII Tables sont en grande partie perdues, leurs innombrables commentateurs auraient pu donner quelques indications au sujet de cette institution. On ne peut que souscrire à cette constatation si judicieuse et d'ailleurs si indifférente. Quoiqu'il en soit, il nous faut maintenant examiner l'évolution qui mène

---

(1) Karlowa (R. R. G., II, p. 699 sq.) a résumé les diverses aberrations étymologiques concernant la *sponsio*. Festus, v° *spondere*, voit dans *sponsio* comme son prédécesseur Verrius Flaccus un dérivé de σπονδας. Mais M. Karlowa croit que V. Flaccus dérivait *spondere* de *sponse* et seulement *sponsum* ou *sponsam* du terme grec. M. Girard[6] (p. 495, note 3) objecte que l'étymologie hellénique est un peu invraisemblable car *spondere* a comme parfait *spopondi* ce qui n'indique pas un mot d'emprunt, mais cette forme prouve au contraire qu'on a affaire à un terme originaire.

Cependant Varron (*de L. L.*, VI, 69 sq.) donne une autre étymologie : *spondere* vient de *sponte : « ab eadem sponde a qua dictum spondere et qui spoponderat filiam despondisse dicebant quod de sponte ejus, id est de voluntate exierat »*. D'aucuns ont voulu voir dans la *sponsio* une allusion aux libations accompagnant les actes primitifs (σπενδείν : *fundere*).

Bréal et Bailly (Dict. Etym., v° *spondeo*) voient dans le verbe *spondere* un exemple de terme décoloré du fait de sa généralisation. *Spondere* devait à l'origine désigner le contrat de fiançailles ; puis il a fini par embrasser toute espèce de promesse, de même que son composé *respondeo*. Toutefois il existait un vieux verbe *spondo :* répandre des libations, lequel se retrouve dans le dialecte ombrien (?) (le *mefa spefa : mensa spensa :* gâteau arrosé de libations). Mommsen (*D. P.*, trad., I, p. 284, note 1) admet l'étymologie libatoire. Danz (*R. R. G.*, II, p. 39, note a) l'expose tout au long ; mais Kuntze qui cependant (*Excurse*, p. 175) a donné à la stipulation l'étymologie subtile de *stipis coactio* ne s'écarte pas de la conception classique σπονδας.

De même, Leist (*G. I. R. G.*, p. 474). Quant à Brissaud (*Op. cit.*, p. 263), il voit dans *spondere* un simple équivalent de *dicere* : prononcer des paroles solennelles, par opposition à *loqui*.

Toutes les hypothèses sont permises (Brissaud, p. 288, note 1, *sponte* et *spondere*).

(2) *Jus naturale*, II, p. 229. Il en tire d'ailleurs (p. 233) un argument favorable à l'idée que la *sponsio* vient du Latium, empruntée d'abord par le droit privé au *fœdus*, puis à la *sponsio* du droit international, et finalement convertie en stipulation véritable à l'époque de la loi Silia.

du *jj.* au contrat *verbis*, et particulièrement les diverses doctrines de l'origine de la *sponsio*, du moins celles qui lui attribuent quelque parenté avec le serment promissoire (1). Nous nous trouvons ainsi en présence de deux camps opposés : l'un voit dans la *sponsio* une modification du serment, qui serait son origine (2) ; l'autre, ennemi des hypothèses, lui attribue une origine religieuse, mais ne précise pas (3). Telles sont les deux conceptions relatives à la naissance de cette première apparition de la stipulation.

I. — *La sponsio dérive du serment.*

Brissaud (4) résume ainsi cette doctrine : La *sponsio* n'est qu'une variété dégradée du serment promissoire, et à sa première apparition a dû même être sanctionnée par lui. Son caractère religieux, qui l'apparente à celui-ci, apparaît nettement sur les points suivants :

a) Dans l'étymologie que nous en donne Verrius Flaccus et que Festus a conservée, on parle de « *rebus divinis interpositis* », allusion à la prise des auspices et à la prestation d'un serment.

b) Isidore de Séville (5) dit : « *Stipulam juxta paulum juridicum firmum sacramentum appellaverunt.*

---

(1) Nous laissons naturellement de côté les théories de Liebe et de Keller voyant dans le *nexum* l'origine de la *sponsio*, celle de Voigt attribuant son apparition à la *legis actio per condictionem*, celle de Christiansen et Kuntze (*Excurse*, § 653), voyant dans la *sponsio* le résultat d'un sentiment de nécessité pratique de précision. Girtanner croit que la *sponsio* ne dérive pas du serment, mais qu'elle peut se rattacher corrélativement, vu l'importance des formules, à la *rogatio* du droit public qui aboutit à une *lex publica* « *communis reipublicae sponsio* ».

Cf. Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 699 sq. ; Girard[6], p. 496, note 4 ; Brissaud, p. 283.

(2) Danz, II, § 147-150 ; Brissaud, pp. 244, 289.

(3) Pernice, *S. B.*, 1885, pp. 1159-1160.

(4) p. 263.

(5) *Origines*, V, 24, 30.

Sacramentum est pignus sponsionis : vocatum autem sacramentum quia violare quod quisque promittit perfidia est ». Cette expression « *sacramentum est pignus sponsionis* » veut dire : C'est le serment qui donne la force à la *sponsio*.

c) L'abréviateur de Festus, Paul Diacre, rapporte une définition où se trouvent réunis les deux mots « *consposor* » et « *conjurator* ». C'est que *sponsio* et *jusjurandum* sont synonymes : pas de *sponsio* sans serment.

d) Un texte bien connu de Denys (1, 40), affirme que l'on confirme à Rome tous les pactes par un serment à l'*ara maxima* d'Hercule, dieu de la richesse, et c'était une pratique depuis longtemps suivie de consacrer au dieu la dîme de chaque récolte pour en obtenir la fortune. Cette « *consecratio* » était la *sponsio*. (Cicéron, *De leg*, II, 16 : « *Voti sponsio quo obligamur deo* »). Mais ce serment à l'autel d'Hercule n'avait lieu qu'après la prise des auspices, d'où exclusion des plébéiens. Aussi la *sponsio* est-elle réservée aux patriciens à l'origine, puis elle devient une laïcisation des formes du serment : le sacramentel *dicere* devient un simple *loqui*, le *verbis prœire et jurare* une simple interrogation suivie d'une réponse correspondante ; on a la *sponsio*, forme du contrat *verbis* qui de son origine ne garde plus que le caractère d'être inaccessible aux pérégrins. L'évolution dès lors est accomplie (2).

Danz (3), s'appuyant sur le mutisme des XII Tables quant à la *sponsio*, bien que, à son propre avis, ce soit « un mince argument » et constatant d'autre part que

---

(1) Cf. Plaute, *Rud*, V, 2, 46.

(2) Brissaud, p. 265 ; Kuntze, *Cursus*, § 137. La *sponsio* en droit international (Tite Live, 9, 5), dans la procédure — comme procédé de cautionnement — comme contrat de fiançailles. Autre caractère : de même que le *jj*, la *sponsio* ne produit qu'une obligation strictement personnelle.

(3) *G. d. R. R.*, § 150.

le serment a perdu postérieurement tous ses effets, est amené à voir dans la *sponsio* une transition assez naturelle du *jusjurandum* à l'*obligatio verbis* qui aurait pu se dévolopper librement après les lois *Silia* et *Calpurnia*. Cette extension aurait été facilitée par ce fait que dès auparavant, ainsi que le croit Voigt (1), « *credere* et *stipulari* sont déjà constitués comme conceptions équivalentes et interchangeables ». La *sponsio* permet de combler le vide entre le serment promissoire et le contrat *verbis* et justifie le caractère de continuité reconnu aux institutions romaines.

Moins métaphysicien, Mommsen tire un argument par analogie (2), du droit public. La *sponsio* internationale faite dans les traités avec les généraux étrangers repose, tous les textes le prouvent, sur un serment ; étant donné la similitude entre les institutions publiques et les rapports juridiques privés, il n'est pas trop hardi de dire que la *sponsio* qu'emploient les *cives* contient elle aussi un serment. Un revirement s'est d'ailleurs produit dans les idées de notre auteur. Auparavant (3), il traitait de fables l'autel d'Hercule et les actes qu'on y accomplit : « Il faut, dit-il, écarter cette conception générale, car s'il avait été d'un usage universel de prêter serment pour fortifier toute convention, on en trouverait des

---

(1) *Jus naturale*, III, p. 402, note 30.

(2) *Droit public*, I, p. 285, note 1, efficacité du serment lien moral. La *sponsio* et l'autel d'Hercule (*mehercule :* forme masculine du serment). Puis cessation de la consécration religieuse : la promesse verbale subsiste seule, et est pourvue d'effet alors qu'auparavant la *sponsio* était démunie de toute efficacité, par rapport au *nexum* sanctionné par la loi, I, p. 283 ; la *sponsio* internationale, forme de traité non solennel où les fétiaux ne sont pas appelés contrairement à ce qui se passe en cas de *fœdus* (Leist, G. I. R. G., p. 228 sq. : rôle du fétial, du *pater patratus*, prise des Dieux à témoins, promesse qu'on ne violera pas le traité, enfin *exsecratio*).

La *sponsio* même avec le serment n'était pas à l'origine munie d'une sanction bien efficace, car (*Römische Forchungen*, II, p. 250) le serment ne crée pas, d'après Mommsen, l'obligation ; il la fortifie si elle préexiste et il ne peut être que son remplaçant moral.

(3) *Römische Forschungen*, I, p. 337, note 17.

traces dans les fiançailles et la fiducie ». Mais plus tard(1) se décidant d'après l'étymologie de la *sponsio*, il lui attribue non seulement un caractère religieux, mais une filiation la rattachant au serment promissoire.

M. Girard (2) accepte l'origine de la sponsio « *ex jurejurando* » si l'on n'y voit pas « un symptôme d'une religiosité démesurée des Romains, mais un expédient inventé pour donner une efficacité à des engagements qu'on ne pouvait ou ne voulait pas rendre obligatoires dans les formes du *nexum*. » La *sponsio* aurait été munie d'une action au moment de sa sécularisation, c'est-à-dire à l'époque où elle est devenue distincte du *j j.* et surtout à la suite de la suppression du *nexum*. Mais, quoique se refusant à faire sanctionner le serment par la *manus injectio* comme le fait Danz, M. Girard croit qu'il produisait en raison de la confusion entre le *jus* et le *fas*, un lien civil d'une nature inconnue, qui lui aurait été conservé pendant quelque temps après sa séparation de la *sponsio* et qui serait ensuite passé exclusivement au contrat verbal.

Kuntze (3), croit que l'existence du « *verbis prœire* » et du « *verba sequi* » dans le serment a dû faciliter beaucoup la transition au dialogue du contrat *verbis* en passant par la *sponsio* comme phase intermédiaire. Une simple sécularisation des formes a pu réaliser l'évolution (4).

---

(1) *Droit public*, I, p. 284, note 1.
(2) *Manuel*[6], p. 496, note 4.
(3) *Excurse*, p. 174.
(4) Kuntze a d'ailleurs des idées particulières sur la *sponsio* (p. 103) qu'il considère comme n'ayant pu être au début employée que comme procédé de cautionnement en raison de la rareté des autres rapports juridiques. La *sponsio* est une sorte de contrat unilatéral se greffant sur le serment : le créancier, soit au moment de l'engagement du débiteur, soit au moment de l'échéance de la prestation, reçoit le serment, puis postérieurement l'engagement laïque par *sponsio* d'un ami du débiteur qui s'engage à le payer et fait ainsi profiter le débiteur d'un terme. Mais la *sponsio* primitive où le débiteur s'engage sur sa propre initiative et où le contrat

Notre auteur fait naître la *sponsio* à la fin du 4e siècle (1) et, le préteur existant depuis 367 A. Chr. cette institution, si utile dans la suite comme moyen de procédure, allait, en dehors des rapports du droit privé, trouver *in jure* un emploi tout indiqué. Mais elle n'a pu véritablement supplanter le serment comme mode d'obligation qu'après la modification subie par le culte d'Hercule pendant la censure révolutionnaire d'Appius Claudius (312) qui enleva aux Pinarii et aux Potitii le privilège des *sacra Herculis* pour les transférer à des *servi publici*. Le dernier obstacle à son expansion fut levé par la loi Ogulnia et l'arrivée de Ti. Coruncanius au pontificat. Alors la *sponsio* véritable et non plus le *jj.* subsistant sous cette nouvelle dénomination va se développer pendant cette période de sécularisation à outrance. Son seul rival : le *nexum* (2) va tomber avec la loi Pœtelia et avec lui, s'il faut en croire Varron (De L. L. VII. 105), un cas de promesse par serment. Le développement du principe de la laïcisation se poursuit et en 390-342 a. J.-C. les lois Appuleja et Furia vont instaurer la *promissio*, triomphe de l'élément séculier sur le vieux fonds religieux qui subsistait plus ou moins voilé dans toutes les conventions.

---

est nommé d'après sa propre situation (*sponsio*) est bien différente du système postérieur de l'obligation où le créancier parle le premier et où le contrat prend en raison de son acte le nom de *stipulation* (*Excurse*, p. 174). C'est donc en matière de cautionnement qu'est apparue la *sponsio*, remplaçant le vieux *jusjurandum*, et il n'y avait guère d'autre utilité à « cette époque primitive de naïfs rapports champêtres » (*sic*), pour un mode créateur d'obligation, que le cautionnement.

Kuntze voit également dans l'assimilation faite par Festus entre *conspores* et *conjuratores* (Cicéron, *De Off.*, III, 31), et dans le rôle joué par l'autel d'Hercule (*Cursus*, p. 450) « analogue à celui joué en droit public par l'autel de Jupiter » de sérieux motifs de croire la *sponsio* dérivée du *jusjurandum*. Elle devait supplanter complètement ce dernier sauf en matière de *jurata promissio liberti*, où l'affranchi ne pouvant employer la *sponsio* (Servius, *Ad Æn*, 8, 178) s'obligeait encore par serment.

(1) *Excurse*, p. 544.

(2) *Cursus*, § 137.

M. Bertolini (1), suivant en général la théorie de Brissaud dont il reprend les arguments, croit voir un indice d'une parenté rapprochée entre le *jusjurandum* et la *sponsio* dans ce fait que l'*acceptilatio* est un mode d'extinction commun aux obligations *verbis* et au *jusjurandum liberti* (2), et il arrive à cette conclusion : « Quand prévalut l'élément juridique civil sur l'ancien élément juridique religieux, l'institution se dépouilla de son caractère sacré : la *sponsio* religieuse succomba sous la *sponsio* laïque. Quand ? L'époque est incertaine. Mais la doctrine que la stipulation était à l'origine une *jurata promissio* et tient du serment sa force obligatoire est admise par la majorité des auteurs et quoique des voix autorisées se soient élevées en sens contraire elle résiste victorieusement à toutes les critiques ». Doit-on acquiescer à cette déclaration ? Il semble bien cependant que le scepticisme soit ici de rigueur.

II. — *Critiques de la doctrine de la sponsio-serment.*

Un des arguments de cette théorie consiste à interpréter le passage d'Isidore de Séville « *sacramentum*

---

(1) *Appunti didattici*, Torino, 1905. Fascicolo 1, p. 38 sq. et p. 48.

(2) Nous verrons ce qu'il faut penser de cet argument en étudiant le *jj liberti*. Dès maintenant, signalons que le caractère exceptionnel de sa sanction ne permet pas d'en induire des conclusions générales quant au serment promissoire ordinaire.

Pour le caractère de la *sponsio*, il faut signaler ici une conception particulière à Van Vetter (*Obligations*, II. p. 7-8, note 1 ; III, p. 456) qui considère le *jusjurandum* comme un acte unilatéral ; la *sponsio* comportant un dialogue ne pourrait donc en dériver, car de même que pour son origine dans le *nexum* on ferait l'objection : comment un dialogue peut-il dériver d'un monologue, alors surtout qu'on a tendance à présenter la *sponsio* comme une simplification des formes du *jj*.

Il faudrait alors adopter l'étrange opinion de Kuntze, qui, ne voyant que la *sponsio*, mode de cautionnement, lui a attribué un caractère unilatéral d'ailleurs injustifié. (Cf. Leist, *G. I. R. G.*, p. 474 et 469 qui, il est vrai, la rapproche du *fœdus* et de la *sponsio* internationale.)

est pignus sponsionis » comme signifiant : « C'est du serment que la *sponsio* tire sa force » (Brissaud, p. 264.). Girtanner fait remarquer qu'on peut également traduire : « le serment ajoute encore à l'éfficacité de la *sponsio* ». Ce serait plus en accord avec le contexte « *stipulam juridicum firmum sacramentum appellaverunt* », car on peut voir dans « *pignus* » une allusion à ce caractère de « *firmum* » que la 1e phase attribue au *sacramentum*. Le *sacramentum* est bien *firmum* (assuré, au sens étymologique), mais il lui faut un garant, un gage (*pignus*) : d'où il suit, en donnant à ces termes leur sens naturel, que le mot « *pignus* » exprime l'idée d'un acte se surajoutant à un acte préexistant, comme le contrat de gage se surajoute comme garantie à une obligation préexistante ; le *sacramentum* est le gage de la *sponsio* dans ce sens : il ajoute à son efficacité, mais ne la crée pas ; elle a une force qui précède son adjonction : en un mot, il l'affirme, mais ne la constitue pas. La suite du texte s'explique tout naturellement de cette sorte : « *Vocatum autem sacramentum quia violare quod quisque promittit, perfidia est* ». On ajoute le *sacramentum* à la *sponsio* pour avoir une promesse dont la violation constitue la perfidie, caractéristique du serment, et si on se rapporte maintenant à la première phase « *juridicum firmum sacramentum* », on ne peut qu'en conclure que le *sacramentum* est là pour « *firmare sponsionem* », mais non pour la créer, pour la confirmer, mais non pour lui communiquer sa force. S'il en est ainsi, objecte Brissaud, qu'est-ce que le serment peut donner en fait de force à la stipulation en droit classique ? Mais, ce qui serait une absurdité évidente à l'époque classique, ne l'est plus si l'on envisage comme Isidore semble le faire dans sa compilation « *Des Origines* » la période primitive de création des institutions. Remarquons aussi que dans la deuxième phrase citée, il ne

parle que de *sponsio* et non de *stipulatio*. Or cette *sponsio* que les uns considèrent comme un simple serment, que d'autres prennent pour la forme primitive de la stipulation, sans qu'il soit possible d'affirmer avec certitude l'un ou l'autre caractère, a pu être au début très différente du contrat *verbis* dans son plein épanouissement (1) ; du reste, si l'on admet la thèse de M. Collinet, il s'agirait ici non pas du *jusjurandum*, serment promissoire, mais du *sacramentum* dont parle le texte *in terminis* et Isidore de Séville serait hors de cause dans la question du lien entre la *sponsio* et le serment promissoire.

Le deuxième argument de texte est l'assimilation faite par Paul Diacre entre *cosponsor* et *cojurator*. Il nous faut relever tout d'abord que Paul Diacre est l'abréviateur de Festus lequel était lui-même l'abréviateur de V. Flaccus. Invoquer le témoignage de l'abréviateur d'un abréviateur, c'est invoquer une source un peu suspecte. Mais que veut dire ici *conjurator* ? Brissaud prétend qu'étymologiquement ce terme se rapporte à un serment prêté en commun. Girtanner (2) émet des doutes sur le sens de ce substantif. Il a aussi un sens dérivé où il signifie conjurateur et rien ne prouve qu'il n'ait pas été pris en ce sens. Voigt (3) prétend bien que

---

(1) Collinet. *Mélanges Gérardin*, p. 75. *Le rôle primitif de la stipulation.* L'auteur admet la forme du serment, pour la *sponsio*, mais voit dans la stipulation un dérivé du *sacramentum*. Pour lui, *stipulari*, c'est *sacramento quaerere* « provoquer un tiers à consigner une offrande ». Le *sacramentum* serait donc la première sanction de la stipulation, elle-même représentée alors par la *sponsio*, qui, comme première application, aurait servi à s'engager à la réparation d'un délit en en payant la composition pécuniaire. (Cf. sur les *cosponsores :* cautions, Brissaud, p. 267.)

(2) *Stipulation*, p. 40.

(3) Voigt (*Jus naturale*, III, p. 433) considère d'ailleurs le texte « *cosponsor, conjurator* » comme n'impliquant pas du tout une idée de lien obligatoire entre ces deux termes (p. 192). Ce sont toutes deux des formes collectives d'obligations à l'usage des membres des corporations pour se soumettre aux statuts (*jurare, spondere, promittere*). Et ce sont des formes d'un même acte : *fidem inter se dare* qui, néanmoins, ne sont pas semblables les unes aux autres.

Paul Diacre dans un autre passage « *Consposos antiqui dicebant fide mutua colligatos* » exprime par « *conspondere* » l'idée d'une association créée par *sponsio* et que par conséquent *conjurare* désignerait une association semblable formée par serment. Mais M. Cuq (1) voit dans ce dernier texte une définition des *consponsores* où on ne fait pas entrer forcément l'idée de serment, puisqu'on parle seulement d'associés « *fide mutua colligatos* » ; le texte précédent « *consponsor, conjurator* » n'implique donc pas une assimilation obligatoire entre la *sponsio* et le serment. Au surplus, il n'est pas impossible de supposer que Paul Diacre ait voulu employer « *conjurare* » dans son sens péjoratif : « entente dirigée contre un particulier ou une institution ».

Enfin, la distinction entre la *consponsio* et la *conjuratio* est nettement faite par le S. C. des Bacchanales (568/186) « *neve posthac inter se conjourasse, neve convovisse, neve conspondisse, neve compromesisse velet, neve quisquam fidem inter se dedisse velet* » et M. Girard (2), quoique partisan de la *sponsio* serment, déclare que si elle était telle antérieurement, à l'époque de Sextus AElius, époque du S. C, *jurare* et *spondere* étaient deux termes bien distincts. Suit une restriction : « cela ne prouve pas que la *sponsio* et la *promissio* n'aient jamais été des serments, mais cela prouve qu'elles n'en sont plus en l'an 568 » ; la *sponsio* aurait perdu son caractère religieux dès avant la loi AEbutia, puisque le 2e chef de la loi Aquilia a déjà trait à une stipulation laïque. Mais quelle que soit l'interprétation de ce passage du S. C., il n'en reste pas moins acquis

(1) *Institutions juridiques*, I, p. 208, note 6.

(2) *Mélanges ; la loi des 12 Tables*, p. 53. L'auteur cherche à préciser la date des 12 Tables par des points de comparaison et arrive en particulier à cette conclusion que les 12 Tables peuvent parler d'une obligation *ex jurejurando* en visant la *sponsio* si elles sont de 305/449, mais qu'elles ne le peuvent pas si elles sont du temps de Sextus Ælius. — *Manuel*, p. 496, note 3.

que *jurare* et *spondere* ne sont pas pour lui deux termes synonymes.

Brissaud (1) déclare qu'on ne peut songer ici à attribuer à *consponsor* le sens de *conjurateur*, pas plus que le terme *conjurare* ne peut éveiller l'idée d'un complot. C'est qu'en effet le S. C. parle également de vœu (*convovisse*), de serment (*conjurare*), de *sponsio* (*conspondisse*), de promesse (*compromesisse*). Il rapproche ces quatre termes d'une façon si étroite que les actes qu'ils désignent doivent avoir entre eux de grandes ressemblances et qu'en particulier *consposio* doit être un véritable synonyme de *conjuratio*.

On peut répondre : Pourquoi le S. C. n'aurait-il pas, s'il les considérait comme identiques, lié entre eux par un terme copulatif tel que *et* le *cospondisse* et le *conjurare*, alors que non seulement il les fait précéder de *neve*, mais que loin de les accoler, il place entre eux le terme *convovisse*.

Du reste, pour admettre la validité d'une semblable objection, il faudrait démontrer préalablement que le vœu, par exemple, est identique comme nature au serment et que la *promissio* et le *jj.* ont d'étroites affinités. La preuve en reste à faire.

On peut, sans relever le choix fait par la théorie de la *sponsio* serment, de textes de Paul Diacre, lui faire une autre objection. Même si ce compilateur du Bas Empire a crû à la justesse de son étymologie et de ses rapprochements grammaticaux, ce n'est pas une preuve suffisante pour qu'on doive les adopter de confiance. Il explique aussi bien et sans la moindre hésitation *coercere* par *continere* que *concinere* par *convenire*. Un vague air de famille entre les mots lui suffit. On se demande donc quelle peut bien être la valeur les données tirées d'un tel auteur ; même s'il a vou-

(1) *Op. cit.*, p. 264, note 2.

lu voir dans le *consponsor* un *conjurator*, rien ne prouve qu'en réalité ce rapprochement était fait par d'autres que lui. Brissaud, il est vrai, a fait cette réponse : « Il y a trop d'analogies entre la *sponsio* et le serment pour qu'on puisse s'arrêter à cette objection ». N'est-ce point là une véritable pétition de principe ?

Reste le texte de Denys (1). Mais il se borne à constater d'une manière générale qu'autrefois on rendait les conventions obligatoires en faisant un serment à l'autel d'Hercule. Il ne parle pas de la *sponsio*, pas plus qu'il ne nous dit que ce serment était une *sponsio*. Pourquoi n'y aurait-il pas là une allusion à un *jj.* ordinaire, conclu comme les autres, devant l'autel d'un Dieu, en l'espèce devant l'*ara maxima Herculis* (2) ? Rien dans le texte de Denys ne nous autorise à faire la moindre hypothèse sur la nature de la *sponsio*.

Karlowa (3) remarque que la thèse classique se fonde en particulier sur la tradition des grammairiens et de V. Flaccus dont l'expression « *interpositis rebus divinis* » donne à la *sponsio* un caractère nettement religieux. Mais au lieu de conserver à ces mots leur sens vague et général, on a décrété qu'ils faisaient allusion : 1° à la prise des auspices, 2° à la prestation du serment. D'après ce que nous savons des usages antiques la prise des auspices est vraisemblable. Il n'en est pas de même du serment.

D'ailleurs, Varron (4), dérive plus simplement *spon-*

---

(1) Pernice, *S. B.*, 1885, II, p. 1160, note 5.

(2) Brissaud insiste pour voir dans le *jj.* l'origine de la *sponsio* sur le lien qui existe entre l'autel d'Hercule et la *voti sponsio* dont parle Cicéron (dîme consacrée au Dieu). Reste à savoir si Cicéron a pris le terme *sponsio* dans son sens juridique et technique. D'ailleurs, même dans ce cas, il s'agit aussi d'un cas d'application du *votum (voti sponsio)* et l'analogie semble être bien risquée entre le *jusjurandum* dont Denys nous apprend la conclusion fréquente à l'autel d'Hercule et le *votum*.

(3) *R. R. G.*, II, p. 699 sq.

(4) *De lingua latina*, VI, 69.

dere de *sponte*. Mais si l'on veut à tout prix conserver le « *rebus divinis interpositis* », pourquoi ne le verrait-on pas plus simplement dans le sacrifice qui précédait toute promesse solennelle en droit grec — promesse avec laquelle la *sponsio* a une certaine communauté étymologique. Il y a loin de cette constatation à une analogie avec le serment promissoire.

On objecte, il est vrai, l'existence d'actes juridiques tous religieux : ainsi pour les vieilles formes du mariage. Mais cependant la *sponsio* primitive coexiste avec le *nexum* et ce dernier, d'une efficacité pourtant redoutable au débiteur, n'a besoin d'aucun élément religieux. Pourquoi la *sponsio* aurait-elle nécessairement pour base le *jusjurandum* ? (1)

III.— *La conception de M. Pernice* (2).

Cet auteur a, d'une part, réfuté les arguments de la doctrine classique, de l'autre a reconnu à la *sponsio* un caractère religieux, mais indéterminable. Quoique la partie négative de sa théorie puisse sembler une répétition des objections que nous avons antérieurement si-

---

(1) Signalons une conjecture de Karlowa. Si dans la conception romaine le serment ne crée pas, mais confirme un accord de volontés préexistant, c'est en raison de sa conformité avec le *jj.* employé en droit public : même aux époques très anciennes quand on dispose d'un fondement juridique pour les institutions de l'Etat, on ne se sert pas du serment. S'il est prêté, il vient se juxtaposer à un élément primordial, rien de plus. Au contraire il sert à fonder et à assurer des institutions nouvellement créées après des bouleversements sociaux (ex : *leges sacratæ (?)* rendues après l'expulsion des Rois et la première sécession de la plèbe).

Si le serment vient s'adjoindre à la *sponsio*, il faut néanmoins que cette dernière ait une certaine valeur et une certaine efficacité, car on ne comprend pas une confirmation sans un élément valable préexistant. D'ailleurs, il semble que l'emploi des formes religieuses soit particulièrement réservé aux rapports internationaux. Pourquoi supposer — qu'à part le *jj.* — on dut pour les relations entre *cives* employer des actes à caractère religieux ?

(2) *S. B.*, 1885, II, p. 1159-1160.

gnalées, il faut néanmoins en parler, car il a combattu la thèse *sponsio*-serment d'une manière assez originale.

α) Critique de la théorie classique (1).

Accordons tout d'abord aux partisans de la *sponsio*-serment l'existence de promesses par serment (eidliche Zusagen) faites à l'autel d'Hercule. Le texte de Denys ne permet nullement d'y voir l'origine de la *sponsio*. Bien mieux, il ne nous signale pas cette coutume comme une pratique générale, car il ne dit pas que les conventions, pour être valables, doivent être conclues à l'*ara maxima*. De ce fait que si quelqu'un veut rendre valable une convention, il doit employer le cérémonial de la promesse à l'autel d'Hercule, peut-on tirer cette conclusion qu'*a contrario* toute autre promesse n'est pas valable ? Ce serait un raisonnement d'une évidente fausseté.

Le texte d'Isidore de Séville (*Origines*, *V*, 24) porte : « *sacramentum est pignus sponsionis.* » Cela ne veut pas dire que le serment est la confirmation de la *sponsio*, mais que le *sacramentum* est un pari (2) comme l'indiquent son nom et son emploi dans la procédure et que, comme tel, il comporte par les parties la remise d'un gage (*pignus*) au moment de la *sponsio*, sinon les mots suivants seraient incompréhensibles : « *vocatur autem sacramentum...* etc. »

Quant au *consponsor-conjurator*, *consponsor* peut être également pris au sens dérivé de conjurateur et les deux termes forment ainsi une redondance prouvant que l'assimilation faite entre eux est sans signification, ce que confirme le S. C. des Bacchanales. On objecte que Paul Diacre (donc originairement Verrius Flaccus) par ces

(1) *Ibid.*, p. 1160, note 5.
(2) Servius, *Eglogues*, III, 31.

mots « *consponsos antiqui dicebant fide mutua colligatos* » impliquerait que la *sponsio* a trait à un engagement général ou à un cautionnement se rapprochant du *conjurare* (serment promissoire collectif), mais Verrius Flaccus ne pouvait guère songer à ces institutions, car dès Cicéron (1), les cautions s'engagent par stipulation.

On a argumenté de l'assimilation entre la *sponsio* privée et la *sponsio* publique et d'un texte de Tite Live (9. 5. 3), on conclut que cette dernière avait comme le serment une *precatio*, donc que la *sponsio* privée avait le même caractère. Danz (2), dans une phrase de Tite Live où il s'agit de *sponsio*, a vu la preuve qu'elle se différenciait du *fœdus* par une nature particulière de la *precatio* : « *Quid enim aut sponsoribus in fœdere opus esset aut obsidibus, ubi precatione res transigitur, per quem populum fiat quominus legibus dictis stetur, ut eum ita Jupiter feriat*, etc... ». Mais, au lieu de voir une opposition entre *sponsio* et *fœdus*, quant à la *precatio* (*Quid opus est sponsoribus in fœdere ubi precatione res transigitur*), ne peut-on pas attribuer à Tite Live cette idée plus simple : « Y a-t-il besoin de répondants (*sponsoribus*) ou d'otages (*obsidibus*) dans un *fœdus* où la *precatio* les remplace ? »

Quant à l'opinion de V. Flaccus attribuant à la *sponsio* ces vagues « *res divinæ interpositæ* », on ne peut guère en tirer argument ; car dans la langue ordinaire, *res divina* signifie seulement sacrifice. Pourquoi vouloir traduire cette expression par serment ? C'est supposer un emploi bien peu judicieux d'un mot détourné de son sens propre, alors que Verrius Flaccus avait à sa disposition le terme beaucoup plus clair de « *jusjurandum interponere* » (3), que Festus lui-même ne craint pas d'em-

(1) *Ep*, 6, 183 ; *ad Att.* 12, 17.
(2) *Sak. Schutz*, p. 121.
(3) Tite-Live, XXXIV, 25, 7.

ployer : « *Sacramento dicitur quod jjdi sacratione interposita actum est* ».

β) Nature de la « sponsio ».

Voyons donc dans l' « *interpositis rebus divinis* » une simple indication générale que la *sponsio* contient un élément religieux (1). Ce seront des libations ou un sacrifice ; des libations, si nous voulons voir dans la *sponsio* une allusion aux coutumes grecques auxquelles elle semble étymologiquement se référer ; un sacrifice, si nous nous en tenons à la vieille conception romaine des « *res divinæ* ».

Peut-être aussi cet appareil solennel se simplifia-t-il par la suite et consista-t-il dans l'échange d'une poignée de main, appel à la *Fides* (2). Mais que la *sponsio* soit basée sur un serment, « cette thèse semble répugner à la fois à la nature du *jj.* et à l'idée de l'existence de la stipulation » (3).

C'est qu'en effet dans sa forme primitive qui prit le nom de *sponsio*, le contrat *verbis* est d'un emploi assez étroit : il a trait uniquement à une somme d'argent ou à un objet déterminés. Au contraire, nous voyons la *sponsio* avoir un vaste champ d'application (*sponsiones* des fiançailles latines, des conventions internationales), en con-

---

(1) Pernice croit que la *sponsio* a d'abord été employée dans les obligations de garantie. Or originairement, les débiteurs principaux et les cautions sont liés ou déliés dans des formes religieuses, car l'acte en lui même implique une idée de contrainte extra-séculière. C'est ainsi que le *sponsor* qui s'oblige pour garantir la promesse d'un incapable est tenu religieusement.

(2) Danz, *Sak. Schutz*, p. 127 : Preller, *Röm. Myth*, p. 225.

(3) Quelle différence pourrait-il y avoir entre le *jusjurandum* et la *sponsio* si celle-ci n'était qu'un dérivé du premier? Le serment lui aussi se prête *conceptis verbis*, *in verba creditoris* et il semble que la *sponsio* n'a pu primitivement, tant qu'elle n'a pas reçu une sanction civile, apporter au serment aucune innovation avantageuse. Bien plus, le formalisme de la *sponsio* est encore attesté par ce fait qu'elle est inaccessible aux pérégrins.

tradiction complète avec le caractère de la stipulation originaire.

Est-ce à dire que cette *sponsio* doive être une institution *sui generis*, non susceptible de se rattacher à la *sponsio*, considérée comme première forme du contrat *verbis* ? Non, car elle s'en rapproche par l'existence d'un appareil formaliste de demandes et de réponses. De même que dans la *sponsio* de la stipulation, on trouve dans les *sponsiones* du droit public une demande suivie d'une réponse : demande du représentant de l'Etat qui sollicite la paix ; réponse du général ennemi qui la lui accorde. Mais, à part cette similitude de formes, on ne découvre entre les deux institutions aucun autre point commun.

D'autre part, que la *sponsio* soit le *jusjurandum* ou un dérivé de celui-ci, rien ne permet de l'affirmer. Ce sont sans doute des actes entourés de pratiques cultuelles et de solennités religieuses, mais les preuves de leur rapprochement sont encore à administrer.

En somme (1), la doctrine de Pernice aboutit à cette

---

(1) Ce n'est pas le lieu d'exposer des conceptions divergentes sur l'origine de la *sponsio*. Muirhead (p. 293), Leist (p. 465-470) la font venir, le premier, des colonies grecques du Latium (solution adoptée par Karlowa), le deuxième, de la Sicile ou de l'Italie méridionnale, mais ne lui reconnaissent pas de caractère religieux.

Voigt (*Jus naturale*, p. 232, tome II) veut voir son origine dans des traités conclus d'abord comme *fœdera*, puis postérieurement comme *sponsiones* par Rome avec les peuplades du Latium. Il lui reconnaît en droit privé une protection religieuse qui se transforma en *civilis verborum obligatio*.

Cuq (*Institutions*, I, p. 394) lui attribue un caractère religieux qu'elle ne tient pas du serment, ni *a fortiori* du *nexum*, mais des *sponsiones* internationales. Elle perd ensuite son caractere primitif (acte religieux accompagné de libations) mais devient un simple acte formaliste, *dicis causa*.

Sur la sanction de la *sponsio* reposant sur la *fides humana*, tandis que le *fœdus* est basé sur la *religio* comme le *jusjurandum*, p. 295 et le texte de Tite Live cité note 5.

Cogliolo (*Storia*, pp. 78 et 169) se range à cette doctrine.

Sur les innombrables systèmes relatifs à l'origine de la stipulation : Bekker, *Z. S. S.*, 1909, XX, p. 41 sq.

M. Champeaux. « *Le principe de simplicité des anciens actes juridiques*

conclusion que la *sponsio* a un caractère religieux, mais qu'on ne peut, ni la rattacher directement au serment, ni peut-être voir en elle la première apparition de la stipulation (la *sponsio* classique du contrat *verbis*). Il y a sans doute des vraisemblances pour l'un et l'autre rapprochement : il y a une lacune entre le *jj.* d'une part et la stipulation de l'autre ; on la comble par la *sponsio*, tenant à la fois du serment par ses formes religieuses et de la stipulation par l'emploi du mécanisme de la demande et de la réponse (mécanisme à l'état d'ébauche dans les formes du serment). On arrive ainsi à un compromis. Notons que sur ce « *no man's land* » que constitue la *sponsio*, toutes les hypothèses peuvent se donner libre cours, mais la seule autorité de textes épars, d'une signification douteuse, et par dessus tout le témoignage trop vague de Denys, ne permettent pas d'adopter la théorie de la *sponsio* serment. Force est de se ranger à la doctrine moins aventureuse de Pernice, qui, si elle manque de relief, n'encourt pas du moins le reproche d'être taxée d'arbitraire et d'hypothétique.

Section V. — **Nature et rôle de la « fides » (1), liaison entre l'acte religieux et l'acte formaliste.**

La *sponsio* est encore un acte religieux comme le *jusjurandum*. Mais la stipulation, si elle a des formes

---

romains et le gage » (*Mélanges Girard, I, p. 155*) a soutenu que la stipulation originaire avait pour objet la remise d'un gage mobilier et que les diverses formes de l'interrogation et de la réponse équivalaient à cette formule générale : « Gages-tu ? Je gage. » (p. 181).

(Relations étroites entre le *pignore certare* et le *sponsione certare*, p. 163; le procès sur le gage dans les églogues de Virgile et de Calpurnius, pp. 163 à 166 ; l'idée populaire du *debitor sub pignore*, p. 167 ; le *pignus*, moyen de donner à la promesse, au *pactum*, une valeur juridique, p. 168; emploi du gage mobier dans le vieux droit, p. 174 à 180). Le gage étant la forme indispensable pour donner au *pactum* une valeur juridique et ayant, en tant qu'engagement, un caractère bilatéral a tout naturellement passé dans le contrat *verbis* avec ces caractéristiques.

(1) Daremberg, v° *Dius Fidius* ; Muirhead, pp. 28 et 586 ; Pernice, *Labeo*,

solennelles, a néanmoins un caractère laïc. Comment a-t-on pu passer de l'une à l'autre ? Nous rencontrons ici un mode d'obligation intermédiaire : la *promissio.* Mais il a fallu substituer à l'idée d'une sanction divine et à celle de l'intervention obligatoire des Dieux, l'idée d'une obligation de nature séculière, liant néanmoins les parties lorsque leur volonté s'est exprimée dans des formes déterminées ; ce sera le passage aux contrats de droit strict. L'évolution se poursuivant, on tiendra compte, non plus des solennités et des pratiques extérieures, mais de l'intention des contractants : alors se créeront les contrats de bonne foi.

Cette idée fut symbolisée dans la conception de la *fides* dont il nous faut maintenant signaler le rôle pour la transformation de l'acte religieux en acte formaliste.

Les textes littéraires, en particulier les comédies de Plaute (1), y font souvent allusion. Nous savons que la *fides* primitive fut une Divinité et il n'est besoin que de rappeler la légende de l'institution de son culte par Numa et de l'érection de son temple près du Capitole. Puis elle disparaît en tant que Divinité et on la retrouve, personnification d'un sentiment de loyauté et de fidélité à la parole donnée, dans les traités du droit public, dans la fameuse opposition entre la *fides romana* et la *fides punica,* dans les rapports juridiques entre particuliers.

De cette *Fides,* considérée comme Divinité, M. Bréal (2) a tenté d'expliquer l'origine. Il part de la donnée bien connue, rapportée par Denys : les sacrifices faits à l'*ara maxima* d'Hercule près du *forum boarium* (lieu où se

---

I, p. 410, 411 et note 15 ; *S. B.*, 1885, II, p. 1159 sq. ; Danz, *G. d. R. R.*, II p. 36 sq. ; Preller, *Mythologie*, p. 171 sq. ; *Römische Myth.*, p. 224, note 2 ; Marquardt, *R. Alt.*, IV, pp. 278 et 457 ; Leist, *G. I. R. G.*, pp. 463. 470 ; Hirzel, *der Eid*, p. 145, note 7 ; Krüger, *Fides als vox media*, a attribué à ce terme une signification neutre nécessitant l'adjonction d'un qualificatif, *mala, bona* ou d'une épithète de nationalité, *punica, romana.* (Cf. Sources, p. 357). Mais en était-il de même à l'origine ?

(1) Costa, *Il diritto romano nelle comedie del Plauto,* p. 272 sq.

(2) *Hercule et Cacus*, p. 46 sq.

serait déroulé le combat entre le fils de Jupiter et Cacus). C'est là qu'on venait jurer sous la voûte du ciel, tête nue, un silex à la main, les contrats les plus sacrés. Cette tradition intriguait fort certains esprits et Varron, ardent nationaliste, trouvait qu'un culte aussi antique était bien déplacé envers un dieu étranger : il pensait d'ailleurs qu'Héraklès avait été le remplaçant de Mars, Dieu National, suivi en cela par Macrobe et Servius (1). La présence de prêtres saliens à l'*ara maxima* semblait autoriser cette conjecture.

Mais la tradition populaire avait recueilli le nom du Dieu mystérieux et le peuple parlait de *Sancus* (2), divinité originaire de Cures et victorieuse de Cacus. Festus et Varron (3) connaissaient d'ailleurs parfaitement le nom de ce Dieu sabin.

Il avait trois surnoms : *Semo, Dius, Fidius ;* (4) *Semo,* parce qu'il symbolisait le principe fécondant de la nature ; *Dius,* parce qu'on lui attribuait comme fonctions, la distribution de la lumière ; *Fidius,* enfin, parce que, tel Ζεὺς πίστιος, il était protecteur des contrats et de la foi jurée. C'est cette qualité que lui donnait Denys (IV, 58), et Festus *(V° probia),* le désigne surtout sous l'appellation de *Fidius* : « *In aede Sanci qui deus fidius vocatur* ».

M. Bréal voit dans cette nouvelle soit disant Divinité, un simple surnom de Jupiter. *Sancus* (en sabin : ciel) serait le surnom de ce Dieu, quant à *Dius,* ce serait une contraction de *Diovis* lequel dérive de *Jovis.* Jupiter serait donc adoré à l'*ara maxima,* non Hercule, ni le dieu sabin. Sa qualité de maître des Dieux explique l'ancienneté des cérémonies ainsi que la défense d'invoquer

---

(1) *Saturn,* III, 12; *ad Æn,* VIII, 275.
(2) Properce, IV, 9, 74.
(3) V° *propter ; De lingua latina,* V, 66.
(4) Ovide, *Fastes,* VI, 214.

d'autres Dieux ; de son épithète de *Sancus*, découle l'étrange cérémoniale : le serment prêté tête nue, l'absence de toit dans son temple (1) et la défense d'invoquer *Dius Fidius* sous le toit d'une maison. Enfin sa toute puissance explique que les femmes et les enfants soient éloignés de son autel et ne doivent même pas prononcer son nom (2). C'est pourquoi aussi le triomphe, cérémonie réservée exclusivement à Jupiter, est mêlé au culte célébré à l'*ara maxima*.

Preller (3), voit dans la *fides* « une colonne du droit privé » et un des attributs de Jupiter : c'est une divinité qui fait l'objet d'un culte aux formes archaïques de la part des trois flamines de Jupiter, Mars et Quirinus. Toutefois, il croit à l'existence antérieure d'une Divinité sabine : *Semo Sancus* ou *Dius Fidius* qui est peut-être Hercule (4).

Ces conjectures mythologiques s'appliquent à la *Fides* considérée comme Divinité et on peut distinguer deux phases dans l'évolution de cette conception restée uniquement religieuse. Comme on ne veut pas encore délaisser les *Dii superi* dont l'existence a été mêlée pendant longtemps à toutes les pratiques de la vie privée et publique, on détache de la Divinité de Jupiter un de ses attributs : celui de protecteur des conventions et de gardien de la foi promise et on l'honore toujours en tant que Jupiter, mais particulièrement en raison de ce dernier caractère.

---

(1) Varron, *De L. L.*, V, 66; Plutarque, *Questions romaines*, 28; Denys, 4, 58. C'est dans ce temple où étaient conservés les traités faits avec les peuples étrangers.

(2) Denys, 9, 60.

(3) *Mythologie*, p. 171.

(4) *Romische Mythologie*, p. 633, note 2 : le temple de *Jupiter Inventor* est placé près du lieu où les bœufs furent reconquis sur Cacus par Hercule.

Le serment *« me dius fidius »* est l'équivalent de *me hercule*. Preller repousse l'étymologie d'Ælius Stilo dérivant *Dius fidius* de *Diovis filius*.

Dans une deuxième phrase, la scission est complète : on a divinisé la *Fides*, jadis simple attribut de Jupiter et on honore cette *Fides* comme une divinité particulière ; dans ce culte se retrouvent des traces de l'ancien rituel des cérémonies consacrées au Maître des Dieux. Puis, l'idée de sécularisation fait des progrès plus grands.

On arrive à un 3e stade : la *fides* laïcisée devient l'expression des sentiments d'honneur et de sécurité dans les transactions ; ils sont, en effet, nécessaires dans toutes les conventions dont l'exécution n'a pas lieu trait pour trait. La promesse qui substitue la simple parole à la prestation immédiate permet bien d'escompter l'avenir : « elle tire sur le futur, dit Ihering (1) dans le but de pourvoir au présent ». Mais pour qu'elle remplace la prestation, il faut la certitude que celle-ci sera effectuée. Nous avons vu avec le *jj.* que la crainte des Dieux était un motif suffisant pour permettre au créancier d'accepter la simple promesse de son débiteur ; mais, cette croyance disparue, il fallait lui en substituer une autre : on la trouva dans la *Fides* (2).

Erigée en Divinité par la force des traditions, elle se laïcisa et se dédoubla. Ce fut d'abord une idée éthique : ne pas tenir sa parole est contraire au sentiment de l'honneur ; puis une idée d'ordre pratique

---

(1) *Evolution du Droit* (Trad. Meulenaere), p. 179 : la contrainte compulsive.

(2) Sur l'origine de la *fides*, sentiment d'honneur : Pernice (*Labeo*, I, p. 408) faisant avec Laferrière (*Mémoires*, p. 598) dériver la sainteté de la *fides* de la philosophie stoïcienne. Sur son emploi courant dans les contrats de bonne foi et autres conventions, p. 410, note 10 (exemples tirés de Plaute et de Térence). Sanction de la violation de la *fides* ne donnant à l'époque de Plaute aucune action, même dans les cas où le droit postérieur voit le contrat *« facio ut des »*, p. 411, note 15.

En général (p. 412) absence de sanction de la *fides*. Conséquences : son emploi pour les affaires politiques pour lesquelles il n'y a aucun tribunal (*fides* et *fœdus*, p. 412, note 20). Cf. *S. B.*, 1886, 2, p. 1192 sq.

coéxistant avec la précédente : en agissant sans loyauté on entrave l'extension des contrats commutatifs et les relations juridiques ne présentent plus aucune sécurité. Le sentiment égoïste de son propre embarras en présence d'un tel état de choses a plus fait pour l'expansion de la *fides* que toutes les exhortations à l'honneur, pure abstraction pour des Romains.

Enfin, dans une 3e période, on prendra un élément des conventions : l'échange de termes solennels et on en fera naître une obligation qui sera sanctionnée par des procédés juridiques séculiers. Puisqu'une sanction efficace est intervenue, la *fides* s'efface ; elle réapparaîtra plus tard pour permettre une atténuation au caractère de droit strict des contrats, caractère dont l'exagération ne permettait plus l'appréciation de la volonté des parties.

On a soutenu que la *fides* aurait pu remplacer la véritable sanction juridique. « Dans un grand nombre de contrats, dit Voigt (1), la simple affaire mise sous la protection de la *fides* et ce, sans formes juridiques, équivalait à la protection réelle du droit, en même temps qu'elle se trouvait placée sous la garantie morale des mœurs des citoyens ».

Danz (2) est encore allé plus loin. Numa en instituant le culte de la *Fides* et en l'élevant au rang de Divinité, aurait procuré aux conventions passées sous son nom une protection plus grande qu'une simple garantie morale, laquelle d'ailleurs existait auparavant. En faisant de la *fides* une *numen*, il aurait permis de la prendre à témoin dans un serment solennel. On ne le pouvait faire auparavant, l'assertion « par ma foi » n'étant qu'une simple assurance dépourvue d'effet.

Voigt (3) ne voit, il est vrai, dans l'expression

---

(1) *Jus naturale*, III, 1, p. 209.
(2) *G. R. R.*, II, p. 140 ; Tite Live, I, 21.
(3) IV, 3, p. 383.

« *firmare fidem* » qu'une simple augmentation de la valeur éthique de la parole. Cependant, selon cet auteur, les termes de Tite Live « *tutari fidem* » employés en parlant de la réforme de Numa, impliquent bien qu'il s'agit d'un tout autre changement que d'une plus value donnée à la fidélité à son engagement.

On répond à Voigt que si un acte quelconque par cela seul qu'il a été placé sous la protection de la *Fides* a la même efficacité qu'un acte juridiquement valable, comment peut-on expliquer le principe du formalisme cher à la législation romaine ? Seuls, des actes aux formes solennelles, en nombre limité, peuvent avoir des effets juridiques : toute la gamme des conventions régies par la *fides* qui, avant la protection prétorienne, à laquelle plus tard se substitue celle du droit civil, n'avaient aucun effet de droit, atteste bien que la *fides* est par elle-même impuissante.

Danz l'admet, mais il veut que cette *fides* ait, depuis son instauration comme *numen*, pû être invoquée dans le *jusjurandum* à la place des Dieux. On ne voit pas quel avantage en peut retirer le commerce juridique, car la *fides*, comme nous l'avons vu, ne produit aucune sanction positive en dehors du domaine moral. Il est vrai que notre auteur attribue la *M. I.* comme sanction au serment et que la *fides* aurait de ce chef produit un effet séculier. Mais puisque, et Danz le reconnait, le serment était, pour ce, toujours nécessaire, pourquoi aurait-on juré *per Fidem*, plutôt que *per Jovem* puisque dans les deux cas l'effet était identique ?

Il faut donc de toute nécessité que la conception de la *fides* marque un progrès sur les modes d'obligations antérieures. Cette évolution, nous avons essayé de montrer qu'elle s'était produite par phases successives et avait abouti d'abord à l'introduction du sentiment de l'honneur, ensuite à la constatation d'un avantage pratique et égoïste.

En soi, la *fides* ne fait appel qu'à cette idée : un contractant devenu sciemment et de par sa propre volonté, débiteur, a intérêt à acquitter sa dette pour ne pas s'attirer la réprobation de ses concitoyens (ce sera le germe d'une coercition ultérieure et séculière). Mais cette idée d'équité, dont Voigt a voulu montrer la généralisation dans son ouvrage « *Jus naturale* », semble être un peu en désaccord d'abord avec la nécessité impérieusement imposée des contrats solennels, ensuite avec la nature du caractère romain, si défiant et si ennemi des conceptions abstraites et, en même temps si porté à ne voir dans toute affaire que son propre intérêt.

Aussi la *fides*, honnêteté dans les relations d'affaires, va-t-elle surtout se développer en raison de son côté pratique. La croyance aux Dieux ayant disparu, on lui trouva un remplaçant dans la *fides*, conséquence de l'équité. Mais cette abstraction n'ayant que fort peu de motifs de succès, on la divinisa en la rattachant à un attribut de Jupiter. Avec le déclin complet de la vieille religion, on la sécularisa et, pour la rendre plus tangible, on en fit prédominer les avantages immédiats sur la nature abstraite. Alors, intervient la *promissio* dépouillée de toutes formes religieuses, mais acte solennel et symbolique, avant-garde immédiate de la stipulation (1).

---

(1) La *fides* est fréquemment mentionnée par les sources comme un simple sentiment d'équité ; pour le seul Plaute, M. Costa a relevé 73 passages où il y fait allusion.

Sur le rôle de la *fides* dans les contrats de bonne foi : Pernice, *Labeo*, I, p. 413, note 25, et pp. 414 sq. Il croit que la *fides* ayant contribué à la naissance de l'*exceptio pacti*, aurait été indirectement sanctionnée à partir d'Aquilius Gallus (VII[e] siècle Urb.) par l'*exceptio doli* inséparable de l'*exceptio pacti*.

Section VI. — Résultat de l'évolution : la promissio, transition à la stipulation.

Au lieu de reposer sur le serment ou, sur une cérémonie religieuse, comme la *sponsio*, la *promissio* est basée sur la *fides* (1). Nous avons vu précédemment que cette dernière, d'abord « *numen* », est devenue l'expression laïque d'un sentiment dans lequel viennent se fondre l'équité et l'intérêt. Cicéron (2) ne parle plus d'elle comme d'une Divinité, mais la définit « *dictorum conventorumque constantia et veritas* ». Comme une pareille conception ne peut rester à l'état d'abstraction, elle se traduit par l'emploi, dans les relations de la vie quotidienne de la « *promissio* ». Pour le serment, il faut obligatoirement aller devant l'autel d'un Dieu et prononcer des « *concepta verba* ». Pour la *promissio*, il suffit d'un acte symbolique se surajoutant au prononcé des paroles rituelles : l'échange d'une poignée de main.

En effet, Numa, s'il faut en croire Tite Live (3), aurait décidé « *sedem ejus (Fidei) etiam in dextris sacratam esse* ». Servius (4), a généralisé cette idée : « *Ut physici dicunt esse consecratas numinibus singulas corporis partes ut dextram Fidei* ». Dès lors, si la *fides* a son siège dans la main droite, plus besoin n'est d'aller dans un temple ou à un carrefour à la recherche d'un autel : il suffit d'employer sa dextre

---

(1) *Promissio* est ici pris dans son sens large et non comme une des formes de la stipulation à côté de la *sponsio*. *Promittere*, c'est faire une promesse, *fidepromittere* : c'est faire une promesse basée sur la *fides*. Cf. Brissaud, p. 268 sq.; Huschke, *Gaius*, p. 73; Danz, *G. R. R.*, 2 § 148; 3 § 150. Girard [6], p. 496, note 1; Pernice, *S. B.*, 1886, II, pp. 1189-1192; *Labeo*, I, pp. 408, 411, 413, 414 sq.; Voigt, *Jus naturale*, III, p. 223, note 314; Leist, *G. I. R. G.*, pp. 458, 474 sq., 709.

(2) *De Officiis*, I, 7.

(3) I, 21.

(4) *Ad Æn*, III, 607.

d'une manière rituelle. De même que dans le *jj.* on saisit les autels des Dieux invoqués avec la main droite, de même que cette dernière sert à l'accomplissement de presque toutes les cérémonies du culte, on va pour conclure un accord de volonté *porrigere et promittere manum* (1).

Göppert (2) a objecté que dans *promittere*, il n'est nul besoin de sous entendre obligatoirement *manum*, car les expressions de *fidepromittere* et de *fiderogare* qui est connexe à la précédente, se suffisent à elles-mêmes. Du reste les textes ne parlent que de *dextram porrigere* et non sans raison, car primitivement le verbe *promittere* était intransitif et comme tel ne pouvait comporter un accusatif.

Danz répond que Servius (3) emploie *permittere dextram* » et que le préfixe *per* ou *pro* ne doit pas être déterminant pour le caractère transitif ou intransitif d'un verbe. Du reste, Festus, v° « *Proculiunt* », nous dit que ce terme en droit pontifical signifie « *promittunt* ». Or *proculire* est un verbe transitif : lancer en avant et il a comme *promittere* la signification dérivée de tendre. Servius en employant les termes de *permittere dextras*, s'est servi d'une locution équivalente à *promittere manum* : tendre la main.

De même qu'Huschké, Danz (4), croit que l'expression primitivement en usage était *promittere dextram*, acte confirmatif de l'accord de volontés. Puis on en vint à dire seulement *promittere* pour désigner le même acte, les mots *manum* ou *dextram* étant si impli-

---

(1) Danz, *Sak Schutz*, p. 133; cf. l'usage de la « *paumée* » pour les contrats du vieux droit français (Esmein. *Etudes sur les contrats*, p. 20).
Exemples : *Polybe*, XXXI, 18; Térence *And*, I, 5, vers 45; Tite Live, XI, 12; XXX, 13, 8; Tacite, *Histoires*, I, 54.
(2) *Zeitschrift für R. G.*, IV, p. 267, note 15.
(3) *Ad Æn*, 4, 103.
(4) *R. R. G.*, § 148, n° 15.

citement sous entendus qu'il n'était pas nécessaire de les exprimer. Enfin la tradition se perd : la poignée de main rituelle disparait et comme *promittere* a besoin d'un complément direct et qu'on ne peut plus songer à *manum*, on le fait suivre de la désignation de l'objet de la prestation. *Promittere* a pris une signification abstraite : c'est promettre.

Quant à *porrigere manum*, Danz y voit la poignée de main réelle (Handschlag) sans valeur symbolique. Au contraire « *promittere dextram* » serait encore l'échange des mains, mais ayant trait à la conclusion ou à la confirmation d'une promesse antérieurement faite. Pline (1), fait bien une confusion apparente « *sicut dextera osculis aversis appetitur in fide porrigitur* ». Mais il faut voir une opposition entre ces deux expressions. Pline veut dire que *manum porrigere*, acte courant de l'échange des mains, peut faire appel à la *fides* (auquel cas il est considéré comme *dextram promittere*). C'est ce qu'implique le début du texte : dans certaines parties du corps, « *inest quædam religio* » ; preuve : ce geste courant : *manum porrigere* peut avoir un certain effet quand il fait appel à la *fides*.

Toutefois certains auteurs, Danz et Voigt (2) en particulier, ont cru qu'à l'époque primitive, la *promissio* lors de son apparition ne se suffisait pas à elle seule. Un *dextram dare* sans serment et sans auspices n'aurait eu aucun caractère obligatoire. Le seul but de la *promissio* aurait été de dispenser les parties du serment devant un autel, mais non du serment en lui-même. Brissaud (3) est allé plus loin, malgré Denys (4). Le serment avec appel à la *fides* Divinité

(1) *Hist. nat.*, II, 45.
(2) *Jus naturale*, IV, 3, p. 383 sq. ; Leist, *G. It. R. G.*, p. 475.
(3) P. 270.
(4) II, 75.

n'aurait pas eu la même force que la *sponsio* à l'*ara maxima* ; peut-être primitivement n'était-il possible que dans le temple de la *fides* ; en tous cas, les institutions qui se rattachent à son culte semblent de date relativement récente et on en doit conclure à une sanction tardive de la *promissio*.

Mais si ces idées sont soutenables pour une époque où on confond encore *promissio* et *jusjurandum*, il n'en est plus de même lorsque la *fides*, déchue de son rang de *numen*, devient une expression symbolique : le sentiment de la fidélité à la parole donnée ; car, puisqu'il ne s'agit plus ici d'invocation aux Dieux, il ne saurait être question de serment. Du reste, Pernice (1) a mis en lumière le caractère de la *promissio*, complètement indépendante du *jusjurandum*. Ce dernier est bien en dernière analyse, la confirmation de la *fides data*, mais il se surajoute à elle et les deux éléments sont rationnellement distincts. Quand il disparaîtra, subsistera seule l'idée de *fides*, laquelle va prendre corps en pratique dans la *promissio*. Son indépendance du serment est bien confirmée par ce fait que la *promissio* lui emprunte quelquefois une *precatio* (2), sorte de malédiction et toujours les *concepta verba*, germe du mécanisme de l'interrogation suivie d'une réponse (3). Naturellement la prise des auspices tombe en désuétude, puisqu'il s'agit d'un contrat laïque, qui peut avoir lieu en dehors d'un temple. Toutefois comme le principe de solennité ne perd jamais ses droits, on emploie, tout au moins au début de l'institution, le symbole de l'échange des mains, manifestation de l'accord des volontés.

---

(1) *Op. cit.*, p. 1192 sq. (étude du rôle de la *fides* dans les contrats de fiançailles, mariage, *hospitium*, *receptum*, société).

(2) Plaute, *Aulul*, IV, 10, 46, 776 « *Quid si fallis ? Tum me faciat quod volt magnus Juppiter.* »

(3) Servius, *Ad Æn*, I, 237 « *Pollicemur sponte, promittimus rogati.* »

Enfin la *promissio* va être accessible, avantage sur la *sponsio*, aux patriciens et aux plébéiens, d'abord en vertu du caractère du culte de la *fides*, culte national et commun à tous, puis, parce que patriciens et plébéiens ont tous un égal avantage à la sécurité des transactions créée par le sentiment de la fidélité à la parole donnée.

Il ne reste donc plus qu'à systématiser le mécanisme formaliste de l'interrogation et de sa réponse, et surtout à munir d'action la *promissio* qui ne comporte, nous l'avons vu, qu'une sanction morale : la *minutio existimationis*. Tout était préparé pour l'avènement de la stipulation : la *sponsio* avait déjà commencé à rompre avec les pratiques uniquement religieuses et les rites du *jusjurandum*. La *promissio* s'était dégagée de l'étreinte des *Dii superi*, et officiels pour s'en tenir à la *fides* ; puis se sécularisant complètement, elle avait abouti à la création d'une sorte de contrat laïc auquel ne manquait plus que l'efficacité d'une coercition juridique. La stipulation allait opérer la réforme en englobant à la fois les anciennes *sponsio* et *promissio* et en en faisant des modes juridiques, créateurs d'obligations.

On abandonnait de plus en plus le formalisme exagéré, et le système des *legis actiones* allait de ce chef disparaître. (1) Le droit s'orientait d'abord vers la

---

(1) M. Brissaud (p 274) insiste sur le point suivant : l'Etat serait intervenu dans les engagements entre simples particuliers, même lorsqu'ils n'avaient aucune forme religieuse et solennelle. A la fin de la République, la sanction religieuse disparaît et la sanction civile la remplace. Il le fallait, car le vieux culte national commençait à perdre son exclusivité. Des religions diverses coexistaient avec lui et comme seules en principe étaient valables les conventions invoquant comme le serment les Dieux nationaux, il aurait fallu imposer la religion romaine aux pérégrins. On préféra créer un contrat laïque : la stipulation.

sécularisation, puis vers la simplification, circonstances propices à la naissance du contrat *verbis*.

Comment se produisit l'évolution ? Nous ne le savons guère, mais peut-être ne sera-t-il pas inopportun de rappeler une conjecture de Danz quant à la désuétude des formes religieuses.

Le point de départ est l'usage des actes symboliques dans les cérémonies religieuses : les pontifes faisaient souvent aux Dieux des sacrifices fictifs (1) et les Dieux ne s'en montraient pas trop mécontents.

On en arrivait ainsi à l'idée qu'on peut tenir ce qui a été dit pour fait, *dictum pro gesto*, et, par application de ce principe, les augures ne se faisaient pas faute d'interpréter des présages nettement défavorables comme heureux (2). Les fictions et les symboles sont à la base de la religion romaine.

Nous pouvons transporter ces conclusions du droit pontifical au droit privé. En matière de *promissio*, on abandonne les cérémonies religieuses en tant qu'actes, mais on conserve des formes : des gestes, puis des paroles consacrées, *concepta verba* ; on réduit le caractère religieux des rites primordiaux au prononcé de certaines formules, dont l'existence et la nature s'expliquaient quand on s'adressait aux Dieux : « *dictum pro gesto* ».

Les formalités gênantes du *jusjurandum* disparaissent et la *promissio* peut ainsi se dépouiller, comme d'une enveloppe inutile, de tous les rites sacrés inhérents au serment promissoire. La théorie de Danz n'est qu'une conjecture, mais elle explique non sans vraisemblance le passage du *jusjurandum* à la stipulation

(1) Servius, *ad Æn*, III, 67 ; III, 79 et 221.
(2) Denys, II, 6.

par ces deux intermédiaires que sont l'énigmatique *sponsio* et la *promissio* (1 et 2).

---

(1) M. Brissaud (p. 278) considère la stipulation « *verborum conceptio* » comme dérivant obligatoirement du serment, par ce fait qu'on ne s'est pas écarté du cérémonial du *jusjurandum* (symétrie entre le *verbis prœire* et le *verba sequi*), alors que l'attention des parties, but, dit-on, de ces formes, aurait été autant fixée par un terme équivalent, aussi bien par « je vous le promets? J'accepte », que par « me le promettez-vous? Je vous le promets ».

D'autres croient que le caractère du *jusjurandum* a toujours subsisté même en matière de *promissio*, car Numa ayant créé le culte de la *fides* comme *numen*, la *promissio* n'était qu'un serment *per Fidem* comme elle l'aurait été *per Jovem*.

Mais seule la nymphe Egérie aurait pu donner des renseignements précis sur la portée de la réforme et les intentions du fondateur. En tous cas, l'autorité de Tite Live qui rapporte ces faits n'est pas suffisante pour qu'on puisse attribuer à la *fides* le caractère exclusif et durable de Divinité.

(2) On a dit également que la stipulation n'aurait nullement été la résultante de l'évolution qui s'est produite, après la désuétude du *jj.*, mais qu'elle aurait été introduite sous le couvert de la *condictio* de la loi Silia.

Pour baser cette théorie dont l'exposé est hors de notre sujet, on fait remarquer (Cuq, *N. R. H.*, 1886, p. 549) que c'est à l'époque de la loi Silia que se précise la notion d'obligation. La stipulation aurait ainsi rencontré un terrain tout préparé pour son expansion et la *condictio* lui aurait été tout naturellement attribuée comme sanction. C'est ce que précise M. Cuq (*Inst.*, 1, p. 212, note 5 et *Manuel*, p. 417). La stipulation serait déjà juridiquement obligatoire au temps de la loi Aquilia (cette loi contient un chapitre relatif à une fraude commise au préjudice d'un stipulant). Ultérieurement elle fut sanctionnée par une *condictio* (à l'époque de la loi Silia) sanction plus douce que la *M. I.* et moins compliquée que l'action de la loi par serment.

M. Girard (*Manuel* 6, p. 501) croit que le contrat verbal a d'abord mené à la *manus injectio* par l'*actio sacramenti in personam*, procurant le titre exécutoire nécessaire, puis fut, avec la loi Silia et la loi Calpurnia sanctionné par la *condictio* quand son objet était une *certa pecunia* ou une autre prestation certaine.

(Sur la critique de la théorie de M. Cuq, voir Girard, p. 501, note 1).

(Sur les objections faites par M. Cuq à M. Girard, voir Cuq, *Manuel*, p. 417, note 1).

CHAPITRE II

Le serment promissoire en droit classique : le « jusjurandum liberti ».

Le droit classique n'a pas abandonné le serment ; mais il l'a restreint à un seul cas (1) : celui où l'affranchi s'oblige envers son patron à la prestation des *operæ* ; toutefois cette obligation ne reste pas dépourvue d'action : elle fait naître le *judicium operarum*. Ainsi, restriction de l'emploi du *jj.* à un cas unique, du moins en droit privé, et sanction juridique de ses effets, telles sont les deux caractéristiques nouvelles de notre institution.

Pour l'étudier, il faut considérer d'abord son objet, les *operæ*, ensuite son effet, l'*actio operarum*.

Titre I. — *Les operæ liberti.*

Section I. — La théorie classique.

Elle a trouvé sa plus complète expression dans Karlowa (2) et dans Leist, continuateur du traité inachevé de Glück (3). Nous verrons donc son exposé dans Karlowa et nous relèverons ensuite dans l'ouvrage de Leist quelques détails complémentaires.

---

(1) D., 38, 1 ; Gaius, *Institutes*. Le serment a donc quitté le domaine du *fas* pour recevoir une sanction empruntée au *jus*.

(2) *R. R. G.*, II, p. 142.

(3) *Erlaüterung der Pandekten*, série der Bücher, 37 et 38, V, p. 240 sq.

A. — La doctrine de Karlowa.

Par l'affranchissement, le *libertus* est devenu une personne indépendante. Mais tout lien juridique entre son ancien maître et lui ne sont pas rompus. L'affranchi appartient à la *familia patroni*, mais à titre de membre passif. Il a bien comme le *filius familias* émancipé (1) le *beneficium bonorum quœrendorum*, mais le patron a par contre un droit successoral, souvenir de son pouvoir sur l'esclave.

Le *manumissor* n'est d'ailleurs pas dépourvu de droits sur la personne même de l'affranchi vivant ; jouissant de la concession de la liberté, celui-ci est tenu d'un devoir de piété et de respect, comme l'est un fils envers un père (2). Cette obligation de reconnaissance, au lieu de se cantonner dans le domaine moral, a des conséquences juridiques : l'*obsequium* et la *reverentia* (3) découlant de la conception plus générale de l'*honor exhibendus*.

L'*obsequium* comprend également l'*officium* ; dans l'ensemble des devoirs à rendre au patron, rentre la gratitude, sentiment qui ne peut mieux s'exprimer que si l'affranchi est complaisant *(officiosus)* envers son ancien maître et prêt à se prêter à tous les bons offices. La vieille défiance des Romains n'a pas voulu laisser un caractère purement moral à cette obligation ; elle l'a juridiquement imposée au moment même de l'affranchissement, en a déterminé l'objet : *dona, munera, operæ* (4).

---

(1) D., 37, 12, 1, *pr.*

(2) Ulpien, D., 37, 15, 9 ; 37, 12, 1 ; 38, 1, 41.

(3) Sur les conséquences de ce devoir, ses sanctions prétoriennes, ses sanctions antérieures, Karlowa, p. 143 ; sur l'obligation alimentaire à la charge de l'affranchi, son caractère indépendant de l'*operarum obligatio* ; sur l'*actio furti* entre patron et *libertus*, p. 143, *in fine*.

(4) Voir Karlowa, p. 144, et les textes cités, *ibid.*, note 2. On relève cette trilogie dans les inscriptions ; d'où cette abréviation : D. M O. Karlowa, p. 150, signale le cas du *libertus orcinus* auquel on ne peut pas,

et y a vu non pas une donation, mais la contre partie de l'acquisition du « *grande beneficium libertatis* (1) ». « *Quæ liberti imposita libertatis causa præstant,* dit Paul (2), *ea non donantur, res enim pro his intercessit* (3) ». Créer cette obligation, c'est le but de l'*impositio operarum libertatis causa* (4).

En dépit de son nom, cet *imponere*, remarquons-le, n'a pas un caractère unilatéral, car il faut la participation de l'affranchi. Mais combien est plus favorable la situation du patron qui peut toujours exercer une pression sur son *libertus* pour le forcer à consentir. Car l'esclave

---

semble-t-il, imposer d'*operæ*, puisque le testateur n'existant plus au moment de l'affranchissement ne peut pas être qualifié de patron (D., 30, 95). Il n'en a pas été ainsi pratiquement : le patronat commence avec le fils du *manumissor* qui peut très bien imposer les *operæ* (D., 40, 5, 33, *pr.*), car *orcinus libertus ad familiam testatoris pertinet*, il est le *libertus familiæ testatoris* (D , 28, 4, 3, 3 ; D., 40, 4, 48 ; C., 7, 6, *lex unica*, 7) et tant que les fils du *manumissor* peuvent se prévaloir du patronat, ce droit leur appartient. La descendance agnatique du patron a droit au patronat, non seulement en raison de son père, mais en vertu d'un droit propre (D., 48, 22, 3 ; D., 38, 2, 10, 1 ; *frgta vaticana*, § 308), quoique un peu inférieur à celui du *manumissor* lui-même (ex. : pour le bénéfice de l'obligation alimentaire du *libertus*, qui n'est donné que *nonnunquam causa cognita* (D., 25, 3, 5, 10). La preuve du droit particulier des enfants aux *operæ* de l'affranchi (D., 38, 1, 29), c'est que, par l'exhérédation, le patron ne peut pas supprimer tout droit ab intestat des *liberi* sur l'affranchi, mais seulement le droit aux *operæ officiales*.

(1) *Frgta-Vaticana*, § 225 ; D., 38, 2, 1, *pr.* ; D., 48, 19, 33 ; Cicéron, *Verrines*, II, 1, § 124.

(2) D., 39, 5, 8.

(3) Pernice (*Labeo*, III, p. 85) voit dans la *manumissio* deux causes ou plutôt deux motifs : un acte du passé (récompense de services), un désir futur (épouser la *liberta* ou tirer du *libertus* des *operæ*) (cf. les textes qui y sont cités). Mais ce motif ne pouvait pas être exprimé dans l'acte conférant la qualité de *libertus* (acte formaliste abstrait) et également pour cette raison, particulière aux *operæ*, qu'elles n'offrent pas un grand intérêt apparent pour le patron qui peut les tirer aussi bien d'un esclave. Elles ne sont pas, quoique pouvant se réaliser par elle, l'effet immédiat de la *manumissio*. Les *operæ* seront donc des *libertatis causa imposita*, mais non pas le but de l'affranchissement, juridiquement parlant ; elles en seront ainsi le motif, mais non la cause. Quelquefois cependant cause réelle et motif peuvent coïncider. On a affranchi un esclave pour lui confier la direction d'une entreprise commerciale. C'est la cause déterminante de l'affranchissement. Mais elle se confond aussi avec le motif : l'avantage que le maître retirera de la combinaison.

(4) D., 30, 95 ; D., 38, 1, 7, 3 ; D., h. t., 33 ; D., h. t., 38 *pr.*

jurait *in servitute* de fournir les *operæ* lorsqu'il serait affranchi et son maître, lui faisant entrevoir la liberté, pouvait facilement obtenir de lui cette promesse solennelle. Affranchi, il était forcé au renouvellement de cette obligation, non seulement par la crainte révérentielle de son ancien *dominus*, mais encore, nous le verrons dans la suite, par une disposition de l'édit de Drusus. S'étant ainsi lié, comme *libertus*, soit par serment, soit par stipulation, il était tenu d'une action ayant une efficacité juridique. La situation privilégiée du patron explique l'expression *imponere operas*.

En quoi consistaient donc ces *operæ* ? En services se divisant en *officiales* et *fabriles*, différence de fait d'abord, différence de droit ensuite, dont l'importance était évidente quand ces deux sortes d'*operæ* figuraient dans un même serment ou une même stipulation. Peut-être, doit-on en chercher l'origine dans la division du travail servile. On y distinguait déjà l'*officium* ou *ministerium* et l'*artificium*. Au premier appartenaient les esclaves fournissant des services généraux conformes à ceux qu'exige la vie domestique et ne réclamant d'eux aucune aptitude spéciale. L'*artificium* comprenait les esclaves spécialisés soit dans un métier, soit dans un art. Les juristes apprécient et interprètent d'après ce criterium la validité de déclarations de volonté telles que les legs. Marcien (1) fait nettement l'opposition : « *Si ex officio quis ad artificium transierit...* », de même Gaius et Ulpien (2).

Chez les affranchis, on distingue de même les *operæ*

---

(1) D., 32, 65, 1.

(2) D., 40, 4, 24 ; D., 50, 15, 4, 5. Toutefois *artificium* ne s'emploie pas seulement dans ce sens vague et abstrait, mais, comme adjectif, désigne dans des cas concrets des *servi* bien individualisés, *servi artifices*. C'est cette dénomination qu'on donne par exemple à un cuisinier (Karlowa, p. 145), quoique ses fonctions le classent plutôt dans l'*officium*, service domestique. C'est dire que le criterium n'est pas très sûr.

officiales et les *operæ fabriles* (1). Mais, en l'absence de définitions précises dans les sources, l'accord est loin de régner parmi les auteurs. Burchardi (*Lehrbuch*, II, 1, 31), donne aux *officiales* le caractère de « services d'honneur » ; Danz (*Lehrbuch*, I, p. 194) ajoute à cette idée le sentiment d'affection que doit éprouver le *libertus* pour son patron, considéré comme un père ; Keller (*Institutes*, p. 225), leur attribue encore un caractère d'extrême personnalité, comme les *officia* en général. Zimmern (*R. G.*, I, 2, p. 798), et Mühlenbrùch (*Cessio*, p. 103), les font, en raison de ce fait, consister uniquement en services domestiques. Rein (*Privatrecht*, p. 700), généralise : « les *officiales* sont des services concernant la personne ou la vie domestique du patron ». Leist se borne à dire que ces *operæ* rentrent dans l'*officium* et par *officium* il faut entendre « l'ensemble des actes que peut faire un affranchi, actes déterminés par un sentiment de dépendance envers le patron et de reconnaissance pour la liberté obtenue ». Au contraire, les *fabriles* sont en dehors du cycle de l'*officium patroni*. Elles sont demandées au *libertus*, lorsque, par un apprentissage spécial, il est apte à les fournir et qu'il exerce un métier déterminé.

Kuntze (*Cursus*, p. 563) croit que les *officiales* sont des services d'ordre personnel que déterminent dans chaque cas particulier le rang social et la situation de fortune du patron, grand seigneur ou habitant du quartier de Suburre.

Mais, si l'on s'en tient à cette définition de l'*officium*, dans quoi faire rentrer certaines *operæ* dites

---

(1) On pourrait peut-être y voir une analogie avec la distinction faite en matière d'*operæ*, en général : celles qui ne peuvent pas faire l'objet d'un louage : *operæ liberales*, mais d'un mandat, et celles qui peuvent être louées : *operæ illiberales*.

Un texte d'Alfenus (D., 38, 1, 26, *pr.*) fait, en matière d'*operæ* d'un *libertus* médecin, allusion à leur caractère de *liberales*.

artificiales ? Un copiste, par exemple, ne fournit pas des *operæ fabriles*, comme le *libertus* qui s'est installé charpentier. Le maître qui, tel Cicéron, donnait à son affranchi la mission de confiance de recopier ses ouvrages, a bien fait là un acte *intuitu personæ*, caractère qui pousse à faire rentrer les services spéciaux de cet affranchi dans l'*officium*. Pourtant il n'y sont pas compris, car le métier de copiste est *fabrilis*, en ce sens qu'il a exigé un certain apprentissage et qu'il demande une habileté professionnelle. Il faut donc élargir la conception de l'*officium*.

On y rangera tous les services relatifs à la personne du patron, à sa famille, à son existence domestique, à ses amis, même ceux impliquant une certaine habileté spécialisée. Ce seront les services domestiques, les services d'honneur, les services de luxe ; leur variété est infinie et ils ne comportent qu'une seule condition : l'utilité (*lato sensu*) qu'ils doivent avoir pour le patron. (Naturellement pour les *artificiales*, l'individualité de l'affranchi entrera en ligne de compte. « *Proprietas earum (operarum)*, dit Ulpien (1), et *in edentis persona et in ejus cui eduntur consistit* »). C'est ainsi que les textes mentionnent : accompagner le patron en voyage, voyager pour lui, assumer la garde de sa maison pendant son absence, lui copier des livres, prendre soin de ses affaires (2).

Au contraire pour les *fabriles*, prestations bien déterminées, on tient toujours obligatoirement compte du métier ou de l'art exercé par l'affranchi, sans être forcé d'examiner si ces *operæ* présenteront une utilité quelconque pour le patron d'après son actuelle situation. Il suffit qu'elles soient bien spécifiées comme « *certa species* » et qu'elles rentrent dans l'exercice

(1) D., 38, 1, 9, 1.
(2) D., 38, 1, 38, 1 ; D., 38, 1, 49 ; Cicéron, *Ad div.*, XIII, 21.

de la profession du *libertus* (1). Comme les *operæ* de travailleurs libres (2), elles naissent en tant qu'obligations, soit du *jj.*, soit de la stipulation et, immédiatement aussi, viennent à échéance, sous réserve de l'existence d'un délai tacite pour leur exécution.

Mais les *officiales* (3) dont nous avons vu le caractère de généralité ne sont limitées que par la *dignitas*, les *facultates*, la *consuetudo* et dans quelques cas *l'artificium* du promettant. Elles ne peuvent être fournies s'il y a pour lui *turpitudo aut periculum vitæ*. A part ces bornes, bien modestes, elles ne dépendent que *ex commodo patroni*. Ce caractère influe sur leur échéance. Seul le patron peut déterminer quelles *operæ* rentrant dans le cycle de l'*officium* lui seront utiles et à quelle époque. Aussi « *non confestim cedunt* ». Il faut attendre la manifestation de la volonté patronale se traduisant par l'*indictio*. A cette dernière, peut faire allusion le contrat créant l'obligation aux *operæ* (stipulation « *cum poposcero* (4) »), sans que d'ailleurs puisse résulter pour leur échéance un changement quelconque, que l'allusion soit faite ou non. Une autre différence se manifeste encore pour la transmissibilité des *operæ*. Les *officiales* ne passent pas aux héritiers du patron comme tels (5) ; liées en effet à l'*officium* patronal, elles ne peuvent bénéficier qu'aux enfants succédant aux patronat. Au contraire, les *fabriles* « *quæ quasi in pecuniæ præstatione consistunt* (6) » et pour lesquelles on ne tient pas compte de la qualité de l'*accipiens*, passent aux héritiers de patron.

---

(1) Julien, D., 38, 1, 24.

(2) Voir section III la théorie de M. Mitteis. A. L'échéance des *operæ*.

(3) D., 38, 1, 50, *pr.* ; D., h. t., 16, *pr.* ; D., h. t., 7, 3.

(4) D., 38, 1, 22.

(5) D., 38, 1, 6 ; sur la stipulation d'*operæ* où sont compris les enfants du patron et sur son efficacité pour les *postumi*, les *emancipati*, Karlowa, II, p. 147.

(6) D., 38, 1, 6.

Ce caractère spécial des *fabriles* leur permet d'être fournies sur l'ordre de leur bénéficiaire légal à un tiers (1) et dans la stipulation peut s'intercaler la formule : « *sibi aut Titio* ». Rien de semblable pour les *officiales* (2), sauf si elles sont *artificiales*. C'est qu'en effet le patron, tant que l'affranchi exercera son *artificium*, (3), pourra l'employer, s'il est pantomime, dans les fêtes qu'il donnera, s'il est médecin, à le soigner.

Mais on ne peut pourtant pas supposer qu'il soit continuellement ou malade, ou en liesses et s'il est vrai (4), qu'on affranchit surtout l'esclave pour profiter d'une activité ayant un rendement supérieur au travail servile, il faut admettre tout au moins que le patron n'en pouvant bénéficier lui-même, pourra en faire bénéficier ses amis (5). Bien plus, comme il faut qu'il tire de ces *operæ* un profit quelconque (6), il pourra les louer, s'il ne peut les utiliser autrement. Un patron médecin louera les *operæ artificiales* de son *libertus*, médecin lui-même (7).

Ce caractère contribue à rapprocher les *officiales-artificiales* des *fabriles*. Mais une dernière différence va les séparer. Si l'affranchi, croyant les devoir, a fourni des services *officiales* alors que cependant il n'est intervenu ni stipulation, ni serment, il ne pourra les répéter par la *condictio indebiti* ; ils sont dûs *natura* et l'obligation naturelle exclut toute répétition. Si au contraire il s'agit de *fabriles*, la *condictio indebiti* jouera, car, sortant du domaine de l'*officium*, on passe dans celui des rapports juridiques ordinaires et l'affranchi

---

(1) D., 38, 1, 9, 1 ; D., h. t., 12 ; D., h. t., 23, *pr.*
(2) D., 38, 1, 10, 1.
(3) D., 38, 1, 23, *pr.* ; D., 38, 1, 38, 1.
(4) Kuntze, *Excurse*, p. 600.
(5) D., 38, 1, 27.
(6) D., 38, 1, 25, *pr.* et 1.
(7) D., 38, 1, 25, 2.

obtiendra une somme égale au profit qu'il aurait pu tirer en louant (1) les *operæ* qu'il a fournies gratuitement.

Karlowa arrive en somme aux résultats suivants :

I) Les *operæ* sont la contre partie de la liberté résultant de l'affranchissement : d'où leur *impositio libertatis causa* (2).

II) les unes, les *officiales*, sont une conséquence du devoir général incombant à l'affranchi : l'*officium* ; les autres, les *fabriles*, n'y sont pas comprises, mais sont basées également sur l'état de dépendance du *libertus* vis à vis de son ancien maître. Toutes deux sont dérivées de la spécialisation du travail servile se subdivisant en *ministerium* et en *artificium*.

III) la distinction entre *fabriles* et *officiales* est loin d'être tranchée. C'est ce que prouvent : a) le *criterium*

---

(1) D., 12, 6, 26, 12.

(2) Leist (V, p. 258) remarque que de l'idée romaine que l'affranchi n'est vraiment libre que quand il n'a plus à fournir les *operæ*, découlent les conséquences suivantes :

1° Fixité du principe : l'*obligatio operarum* a besoin pour sa constitution du *contractus operarum* déterminant les limites de ces entraves à la liberté.

2° Le devoir d'*operæ* (*officiales*) est une obligation naturelle, mais, pour être juridiquement valable, il lui faut un fondement particulier : l'*indictio* : s'il disparaît, l'affranchi est libéré des *operæ*. Cette *indictio* présente une double utilité : pour le patron pouvant obtenir au moment jugé le plus favorable les services qu'il estime les plus utiles et pour l'affranchi qui voit son obligation délimitée et qui peut, si le patron lui est favorable, bénéficier de la remise tacite de services, fondée sur l'absence d'*indictio*.

Kuntze (*Excurse*, p. 544) voit dans les *operæ libertatis causa*, 6 phases :

1° L'*impositio* qui fonde l'obligation, *post manumissionem*.

2° L'*indictio*, acte d'initiative du patron que l'affranchi attend pour la prestation des *operæ*.

3° La *præstatio* ou l'*editio operarum*.

4° La *revenditio operarum*, acte éventuel de remise à titre onéreux consenti par le patron sur la demande du *libertus*. (Voir la note sur l'*onerare libertatem* : section II, B.).

5° En cas de refus des *operæ* : *petitio* ou *actio operarum*.

6° En cas de superfluité des *operæ* pour le patron (D., 38, 1, 25) :

a) *Locatio operarum* } possibles même pour les *operæ artificiales* (D.,
b) *Delegatio liberti* } 38, 1, 37, 4 ; D., 12, 6, 26, 12).

très vague qu'en ont donné les auteurs, fournissant une définition positive des *officiales*, mais pour les *fabriles* se contentant de dire que ce sont des rapports d'affaires habituels exclus par là même de l'*officium* patronal.

b) l'existence des *operæ artificiales* qui, quoique de même nature au fond que les *fabriles*, sont néanmoins rattachées à l'*officium*.

IV) Toutefois, la différence entre *fabriles* et *officiales* existe :

α) les *officiales* « *cedunt* » avec *l'indictio* du patron, les *fabriles* avec le *jj.* ou la stipulation.

β) les *officiales*, à l'inverse des *fabriles*, ne passent pas aux héritiers ; sauf les *artificiales*, les *officiales* ne peuvent être ni déléguées, ni faire l'objet d'une *adjectio solutionis causa* ou d'un louage. Il n'en est pas ainsi pour les *fabriles* (1).

---

(1) M. Cuq (*Revue de Philologie*, 1884, p. 161) a cité un curieux exemple de délégation d'après Suétone (*Vespasien*, III). Les versions proposées pour l'explication du *delegatam* de la phrase *inter hæc...* sont assez piquantes à relever. Les uns voulaient que Domitille eut été *deligata*. On ne voit pas quel intérêt aurait eu son patron, Statitius Capella, à ce changement de terme. Pierre Pithou, quoique la leçon générale fut *delicatam*, voulait lui substituer *alligatam*. L'affranchie Domitille aurait été enchaînée *custodiæ causa*. Mais pourquoi pas au lieu de *alligatam, vinctam* ? C'était d'ailleurs contraire au caractère d'affranchie qu'on reconnaissait à Domitille, car Capella aurait pu jeter dans les fers une esclave, mais non une *liberta*.

Il faut bien arriver à l'idée de délégation : Statitius Capella, débiteur de Vespasien, lui offrit comme *modus solutionis* de lui déléguer son affranchie Domitille qui promit à l'Empereur les *operæ* qu'elle devait à son patron.

M. Cuq insiste sur la valeur pécuniaire de ces services (D., 12, 6, 26, 12) qu'on peut louer (D., 38, 1, 25) auquel cas le patron est temporairement privé de son affranchi, et qu'on peut déléguer (D., 38, 1, 37, 4), notamment par stipulation, la délégation pouvant faire l'office de paiement.

L'affranchi délégué au créancier du patron ne peut lui opposer l'*exceptio onerandæ libertatis causa*. Mais il aura un recours contre son patron pour avoir payé une dette dont il n'était pas tenu (D., 44, 5, 1, 10). De même le délégataire ne peut exiger du *libertus* les *operæ officiales*. Si toutefois, l'affranchi les a fournies, le délégataire ou le patron ne lui doivent aucune indemnité (D., 12, 6, 26, 12).

γ) les *officiales* n'ont pas besoin d'être désignées comme les *fabriles* « *ut certa species operarum* ».

δ) Enfin la *naturalis obligatio* (1) exclut la *condictio indebiti* pour les *officiales* ; mais les *fabriles* qui ne sont pas dûes *natura* peuvent être répétées.

Quelle idée peut-on se faire des *operæ officiales* et *fabriles* en général, et surtout de leur nature ? Karlowa (2) nous le montre en étudiant la situation du patron auquel le *libertus* refuse les *operæ*. Prise isolément, l'*opera* n'est qu'une prestation de travail mesurée par le temps qui s'écoule dans l'espace d'un jour et définie par sa durée : « *Operæ sunt diurnum officium* (3) ». Tant que les *operæ* restent à l'état de promesses, elles n'existent pas « *in rerum natura* » (4). C'est seulement le jour auquel elles doivent être effectuées qui, les transformant en *diurna officia*, va, par son arrivée, leur donner une réalité (5) : « *opera in actu consistit, nec antea in rerum natura est quam si dies venit quo prœstanda est* ».

Le patron ne peut donc avoir d'action contre le *libertus* récalcitrant que lorsque les *operæ* seront « *in*

Quid, si l'affranchi veut invoquer le bénéfice des lois caducaires ?

Paul (D., 38, 1, 37, 4) distingue :

a) Le *libertus* fait l'objet d'une délégation postérieure à l'acte par lequel il s'est obligé envers le patron à des *operæ*. Il peut alors refuser de continuer la délégation ;

b) Il a promis les *operæ* directement au délégataire sur l'ordre du patron, et ce, au moment de la promesse initiale d'*operæ*, les lois caducaires ne le protègent plus.

M. Cuq termine en classant, ainsi que Leist, dans une catégorie spéciale les cas d'*adsignatio liberti*, relatifs à la succession ab intestat de l'affranchi et d'*attributio liberti*, spécialisation à un enfant du patron de l'obligation alimentaire envers le *libertus*.

(1) D'où cette conséquence : en fournissant ces *operæ*, le *libertus* ne fournissant que son dû ne peut bénéficier de l'action de la *negotiorum gestio*. (C., II, 19, 5). Leist, IV, p. 381.

(2) P. 148.

(3) D., 38, 1, 1.

(4) D., 38, 1, 9.

(5) D., 7, 7, 1.

rerum natura » c'est-à-dire lorsque sera échu le jour « *quo prœstandæ sunt* ». Ce jour, différemment fixé pour les *officiales* et les *fabriles*, nous l'avons vu, étant entièrement écoulé, les *operæ* sont « *præteritæ* » (1) et de ce chef ne peuvent plus être fournies en nature. Aussi l'action du patron ne pourra-t-elle concerner que leur *æstimatio*, leur valeur, montant du profit qu'aurait pu retirer leur bénéficiaire de leur prestation en nature. Cette disposition s'applique aussi bien aux *fabriles* qu'aux *officiales*, celles-ci ayant naturellement été *indictæ*. Mais alors que ces *officiales* ayant commencé à être fournies au patron ne peuvent à son décès continuer à l'être à ses héritiers *extranei*, du fait de leur caractère de *præteritæ* et de l'action du patron qui en fait une simple créance d'argent, leur *æstimatio* sera transmissible par une *translatio judicii* non seulement aux enfants du patron, même s'ils ne sont pas ses héritiers (2), mais surtout, si le patron meurt après la *litis contestatio*, à son *heres extraneus*.

Une autre conséquence de ce caractère de l'*opera*, considérée comme travail journalier, est son indivisibilité. Aussi, l'affranchi qui a travaillé pendant la moitié d'un jour, pendant les « *sex horæ antemeridianæ* », par exemple, n'est pas considéré comme s'étant acquitté de la moitié de son obligation (3). En effet, dit Pomponius, on ne peut apprécier l'*opera* que comme travail journalier et non comme travail horaire. Julien (4) donne également une solution dans le cas ou un *communis servus* a stipulé une *opera* d'un *libertus* ; il faut ou rendre divisible l'*opera* en permettant à l'affranchi d'en fournir l'estimation, ou consentir qu'il fournisse l'*opera* d'une manière commune aux copropriétaires

(1) D., 38, 1, 13, 2 ; D. h. t., 8, *pr.* ; D., h. t., 26, 1 ; D., h. t., 23, 1.
(2) D., 38, 1, 29.
(3) D., 38, 1, 3, 1.
(4) D., 45, 1, 54, 1.

de l'esclave, leur laissant le soin de s'arranger entre eux pour obtenir une part d'*opera* proportionnelle à l'étendue de leur droit de propriété sur l'esclave. Mais si au lieu d'une *opera*, on promet plusieurs *operæ*, on peut naturellement en diviser le chiffre.

Généralement, l'obligation de l'affranchi est limitée au chiffre stipulé ou juré des services promis (1). Toutefois le *libertus* peut promettre *tot operas quot patronus arbitratus sit*. C'était au bénéficiaire à en fixer le nombre avec équité, comme un *bonus vir* (2).

Le droit du patron aux *operæ* n'est d'ailleurs pas perpétuel : il peut cesser par force majeure : le patron empêche le *libertus* de les fournir ; l'affranchi est malade (3). Mais quand elles sont *indictæ* ou *in natura*, elles doivent être prestées, sauf cas fortuit, au domicile du patron, si celui-ci n'est pas d'humeur trop pérégrinatrice (4) et mérite, de ce chef, la qualification de « *bonus paterfamilias* ».

Un cas particulier de perte du droit aux *operæ* pour le patron est le mariage de sa *liberta*, s'il lui a donné son consentement. On a voulu éviter un conflit entre l'*officium patroni* et l'*officium mariti*, et de même que le père, la descendance agnatique mâle perd le *jus operarum*. Mais la *patrona* et ses filles peuvent « *non*

---

(1) D., 37. 14, 6, 1 ; D., 38. 1, 24 ; D., h. t., 15, 1.

(2) D., 38, 1, 30, *pr.*

(3) D., 38, 1, 15, *pr.* ; D., h. t., 23, 1 ; D., h. t., 34.

(4) D., 38, 1, 20, 1. Les juristes donnent de minutieux renseignements à ce sujet : les jours de déplacement de l'affranchi lui sont comptés comme jours de travail (*patrono pereunt*) (D., h. t., 20, 1) et le patron doit les frais du voyage (D., h. t., 21). Pendant les jours de prestation des *operæ*, l'affranchi a à pourvoir à sa subsistance et à son habillement (D., h. t., 18) et le patron doit donc ou lui laisser du temps libre, ou pourvoir à ses besoins, et lui donner tout le temps nécessaire aux soins corporels (D., h. t., 19 ; D., h. t., 50, 1 ; D., h. t., 33). Mais Beseler (*Beiträge*, 3, p. 19) bannit du texte de Paul (D., h. t., 20) la phrase finale « *dummodo patronus... ubique eum sequi* » en la plaçant entre crochets.

L'allusion à la suppression du devoir de l'affranchi quand le patron fait de trop lointains et de trop fréquents déplacements n'appartiendrait donc pas au texte original.

indecore » exiger encore des services de leur *liberta*. Le patron reprend naturellement tous ses privilèges à la dissolution de l'union (1).

B. — Les idées de Leist (2).

L'*impositio operarum* est bien faite *libertatis causa* et Modestin (3) a mis en relief son caractère déterminant : « *In liberto antiquior contractus operarum esse non potest, sine quo libertas ei data non esset* ». Mais c'est un acte spécial : la promesse d'*operæ* n'est pas une donation, ni un échange (car la contre-prestation ne suit pas immédiatement l'acte juridique constitué par la prestation). C'est un acte unilatéral au fond, valable en lui-même, dont la cause est le « *grande libertatis beneficium* ». Indépendants dans leur nature, les deux faits : *manumissio* et *promissio operarum* sont liés par leur cause commune. Cujas (4), il est vrai, prétend que si les *officiales operæ* sont bien promises *libertatis causa*, les *fabriles* ne rentrent pas dans cette conception, car pour les premières l'engagement est basé sur l'existence d'une obligation naturelle. On peut répondre que Modestin ne distingue pas : « *sine quo (contractu operarum) libertas ei data non esset* », donnant ainsi une confirmation indirecte à la règle que les *fabriles* sont elles aussi promises « *libertatis causa* (5) ». L'engagement est pris, soit directement envers le patron, soit en sa faveur, envers son esclave (6), et toutefois les

---

(1) D., 38, 1, 48.
(2) Bücher, 37, 38, V, p. 240.
(3) D., 46, 3, 77.
(4) *Observationes*, 17, 14.
(5) Leist, p. 242, envisage diverses hypothèses que nous ne pouvons que mentionner : cas de donation d'*operæ* (affranchi en raison d'un fidéicommis), promesses d'*operæ* et *pactiones pro libertate*, procurant au maître la valeur de l'esclave, détermination des créanciers d'*operæ* (ceux qui ont donné la liberté juridique), conséquences en cas de mariage, questions d'esclave reçu *ad manumissionem*, d'esclave dotal à affranchir, etc...
(6) D., 45, 3, 38 ; Leist, p. 204.

operæ ne sont pas du domaine exclusif de la *manumissio*.

Les textes parlent (1) d' « *operæ hominis et cujus alterius animalis* ». On cite en particulier les *operæ servi*. Ce sont « les fruits de l'esclave » estimés « *deductis necessariis impensis* » par opposition à sa valeur subjective : celle de l'affection du maître. Aussi le *dominus* peut-il louer ces services, les léguer. Le bénéficiaire a action pour réclamer leur prestation, lorsqu'un obstacle y est mis. De leurs différences, venant de la distinction du *ministerium* et de l'*artificium* (2), résultent des difficultés lorsqu'ils font l'objet d'un legs ; leur hiérarchie conduit en cette matière à l'application de la règle : « *species generi derogat* (3) », quand un même esclave a plusieurs *artificia* et que le legs est fait à plusieurs personnes d'après des *artificia* déterminés.

Qu'advient-il du *libertus* ? Il ne doit les *operæ* qu'en raison de la liberté qu'il a obtenue et n'est plus tenu des mêmes obligations que l'esclave, car il n'est plus qu'*in reverentia* envers son patron ; aussi les services qu'on lui demandera ne sortiront guère des limites de l'*officium* et lui seront imposés lors de la *manumissio* (4). Zimmern (5), voyant que cette *impositio* comprend en plus les *dona* et les *munera* en conclut que c'est un vestige de l'ancien droit où le patron aurait, en tout état de cause, bénéficié d'une « *dimidia pars societatis.* »

Quoi qu'il en soit de cette conjecture invérifiable,

---

(1) D., 7, 7, 6 ; D., 7, 9, 5, 3.
(2) D., 32, 65, 1.
(3) Paul, D., 32, 99, 5.
(4) Voir pour le défaut de sanction en cas de *non-impositio*, Modestin, D., 38, 1, 31. Thèse contraire dans Burchardi, *Lehrbuch*, II, 1, § 131. Voir Leist, p. 211, note 1.
(5) *R. G.*, I, 2, p. 797, remarque 18.

Leist reste fidèle à la différence entre *operæ fabriles* et *officiales* (1) dont nous avons vu dans Karlowa l'exposé systématique et les conséquences. Toutefois des doutes se sont élevés sur l'obligation naturelle de l'affranchi aux *officiales*.

Schwanert (2) déclare avec assurance que le « *natura debere* » ne peut concerner les *officiales* ; car, s'il est vrai que les *fabriles*, elles aussi, impliquent un devoir de gratitude et de piété, elles devraient également être dûes *natura*.

On répond : toutes les *operæ*, en effet, sont bien de l'*officium lato sensu* ; elles sont l'exécution d'une dette naturelle, parce qu'elles constituent l'accomplissement du devoir de gratitude qui incombe à tout affranchi. Mais rien n'empêche de considérer d'après leur nature intrinsèque, certaines *operæ* comme de simples obligations d'affaires. Les *fabriles*, quoique conditionnées par la *reverentia*, sont en dehors de l'*officium* (sens strict), parce qu'aucun *natura debere* ne peut s'appliquer à elles : une obligation d'affaires ne peut être en effet dûe *naturaliter*.

Leist (3) remarque également qu'on a trop considéré les *officiales* comme des actes positifs. Il n'est cependant pas impossible d'y découvrir des obligations de ne pas faire (exemple : ne pas entraver l'exercice de la profession du patron (4)), caractère qui les différencie accessoirement des *fabriles*, qui sont toujours des actes positifs. Enfin, contrairement à Cujas (5), Zimmern (6) et Mülhenbruch (7), notre auteur voit, principe repris

(1) Leist, p. 215 sq.
(2) *Nat. oblig.*, pp. 114-115.
(3) *Op. cit.*, p. 221.
(4) D., 38, 1, 26 ; D., 38, 1, 45.
(5) *Observationes*, 17, 14.
(6) *R. G.*, I, 2, p. 299.
(7) *Cessio* ³, p. 303.

depuis par Karlowa, dans les *artificiales* des *operæ* chevauchant sur l'*officium* et les *fabriles*, mais directement dérivées de l'*officium*. Ses prédécesseurs considéraient plus généralement que le terme *artificiales* était un simple synonyme de *fabriles* (1).

Leist reconnaît également que les textes emploient volontiers pour différencier les *operæ* les termes de *præteritæ* et de *futuræ* (2), caractéristiques des *fabriles* et *officiales* relativement à l'échéance, mais il n'y voit qu'une simple différence accessoire relative à la nécessité ou non de la *postulatio* ou de l'*indictio* (3).

---

(1) Sur l'extinction du droit aux *operæ* : Karlowa, II, p. 150 et les textes cités en matière de *magna C. D.* Karlowa considère que la *C. D. minima* agit pour supprimer les *operæ* en raison de la disparition du lien quasi-agnatique existant entre patron et *libertus*, quand la *C. D.* atteint l'un ou l'autre. Enumérer les causes d'extinction des *operæ*, c'est énumérer celles du patronat, puisque *operæ* et *jura patronatus* sont liés comme l'effet à la cause.

Il suffira de citer : l'accusation capitale intentée contre le *libertus*, le refus d'aliments, la disposition controversée de loi *Ælia Sentia* (D., 40, 9, 32, 1 et 2) relative au fait par le patron de faire argent des *operæ* ou de vouloir (D., 37, 14, 15) exiger du *libertus* un *jj.* contraire aux dispositions légales, la *restitutio natalium*, innovation de Justinien Sur le cas particulier de l'extinction des *operæ* nées *ex jurejurando*, en cas de *C. D.*, voir appendice II.

(2) D., 38, 1, 24.

(3) Nous indiquons également les développements suivants : p. 228, obstacles aux *operæ officiales* : maladie du *libertus*, *libertus* dont deux patrons ont stipulé le travail pour le même jour ; louage des *fabriles* et *artificiales*, p. 229 ; partage égal entre les héritiers du droit aux *operæ*, p. 230 ; cas de pluralité de bénéficiaires, p. 231. Les *operæ* peuvent-elles être remplacées par la prestation d'une somme d'argent, p. 232 ; la prohibition de *a liberto mercedem capere*, p. 233 ; puis Leist, p. 249, traite la question des ayants droit aux *operæ*. C'est une conséquence du droit à l'*officium* et à l'*obsequium*, qui comprend d'abord le cercle étroit des ayants droit au patronat *(patronus, patrona)* et les *liberi patroni*. Distinction de l'*impositio* d'où naît l'obligation et du *jus patroni*, p. 252 ; la loi Pappia et les enfants de la *patrona*, droits de la femme du patron, p. 253 ; cessation des *operæ*, p. 253 ; le *jus liberorum* de la loi Julia (libération des *operæ futuræ*, mais déjà *indictæ* et des *præteritæ* couvertes en *æstimatio*), p. 254.

Cessation des *operæ* par acte volontaire du patron, p. 256. (Refus d'aliments à l'affranchi ; non rémunération, alors que le *libertus* est pauvre ; aucun temps laissé pour le travail personnel).

Retrait de l'*operarum exactio* par le consentement au mariage de la *liberta*, p. 257 ; restriction au cas d'*operæ* dues avant le mariage et, comme telles, *æstimatæ*. L'*impositio operarum* et la détermination du nombre de

C. — Généralités sur le *j. j. liberti* et ses cas d'application en matière d'*operæ*.

On a dit (1) qu'il était inutile et que l'*impositio domini* suffisait à créer l'obligation aussi bien pour les *officiales* que pour les *fabriles*. Ainsi s'exprime un texte du Code (2) : « *Si tempore manumissionis operæ tibi impositiæ sunt, scis te eas præstare debere* ».

Mais c'est faire une confusion évidente. Car si l'*impositio*, acte unilatéral, acte de *statuere*, est valable pendant la durée de l'esclavage, sa force cesse après la *mm*, dès que l'affranchi obtient une personnalité juridique. Du reste, cette *impositio* ne conservait pas le caractère unilatéral, même pendant le *dominium*. Car nous savons que, dès avant l'affranchissement, le maître se faisait promettre par l'esclave des *operæ* en vue de la réalisation de cette éventualité.

Quelles étaient donc les formes, *contractus operarum*, permettant au *servus* de participer passivement à l'*impositio* ? On peut d'abord songer à la promesse *ex stipulatu* (3). Mais la *sponsio* serait interdite à l'esclave (4) qui, faute pour lui de pouvoir contracter des

---

jours d'*operæ*, p. 259 ; cas d'*impositio* d'une *opera* : double aspect : promesse d'une seule espèce de services, mais *in perpetuum* ou simple constatation de la dépendance de l'affranchi (Cf. *venditio nummo uno*) ; la *revenditio operarum*, p. 260, ayant trait à l'ensemble des *operæ* ; survivance de l'*obsequium* à cette *revenditio*, p. 261 ; action du patron pour réclamer le prix de la vente si l'affaire ne couvre pas un *onerandæ libertatis causa imposita* ; perte correspondante pour le patron de la *B. P. contra tabulas liberti*, de même que pour ses descendants.

(1) Schwanert, *Nat. oblig.*, p. 112.

(2) 6, 3, 1.

(3) Gaius, III, 104.

(4) On pourrait peut-être songer pour obvier à cet inconvénient à l'emploi signalé par Leist (IV. p. 540) du *reus* employé par l'esclave en matière de *pactiones pro libertate* (D. 4, 3, 7, 8). Le *reus* pourrait valablement promettre au nom de l'esclave les *operæ* et après l'affranchissement, conformément à une condition stipulée lors de la création de l'obligation, celle-ci passerait au *libertus*. S'il refusait, le *reus* aurait contre lui une action *de dolo*.

obligations civiles, serait uniquement « *fide adstrictus* » (1), ce qui est insuffisant. On a surtout employé le *jusjurandum* qui à la *fides* ajoute la coercition de la religion.

Leist et Karlowa (2) y voient le procédé le plus usuel et le plus ancien. Mommsen (3) remarque que c'était un usage lointain de se servir du serment pour créer une obligation dans des pactes sans valeur juridique ; mais cette obligation, quoique purement morale, jointe à la dépendance de fait du *servus* devenu *libertus*, envers son patron, et surtout à l'influence de la *religio*, devait pousser l'esclave (4) à renouveler valablement *post manumissionem* l'acte qui, *in servitute*, ne le liait que très imparfaitement.

Mais comment le *servus* pouvait-il prêter le ser-

---

(1) D'où le procédé : Marcellus, D., 40, 7, 24.

(2) V, p. 246 ; II, p. 700.

(3) *Römische Forschungen*, I, p. 370.

(4) Kuntze (*Excurse*, p. 600) remarque que le caractère uniquement religieux de ce premier *jj.* subsiste dans le second. En effet, les liens d'attache de l'affranchi au patron étaient de nature religieuse, et l'*officium* qui les synthétisait devait se traduire par un mode de constitution emprunté à la *religio* : le *jj. operarum*. Jamais un homme libre n'aurait pu se soumettre à un pareil *officium*, car c'était un quasi-esclavage qu'une telle *oneratio libertatis*. Mais l'affranchi, le premier serment fait alors qu'il était *in servitute*, devait trouver moins dur le second acte créateur de l'obligation juridique aux *operæ*, puisqu'il venait à peine de sortir de l'esclavage, sans se douter, qu'en acquérant la liberté, il l'acquérait à la manière d'un acheteur se rendant propriétaire d'un immeuble grevé de servitudes.

M. Bertolini (*Appunti Didattici*, 1905, I, p. 341 sq.) relève au contraire l'étrangeté du serment prêté par un esclave et s'appuie sur Vénuleius (D., 40, 12, 44, *pr.*). « *Licet dubitatum antea fuit utrum servus... jurando patrono obligaretur in his quæ libertatis causa imponuntur* » ; il est vrai que « *solet jj. a servis exigere, ut hi, religiono adstricti...* etc. » (sur la contradiction entre les termes « *licet dubitatum servus, jurando patrono obligaretur...* » et « *ideo solet jusjurandum...* » et l'existence d'une interpolation, voir infra, note 1 et les opinions de Pernice et de Bertolini)... Il déduit de l'existence de ce premier *jj.* comparée à l'efficacité du deuxième serment prêté après l'affranchissement (D., 38, 1, 7, *pr.* et 2 ; D., 40, 4, 36 ; D., 46, 3, 77) que le premier acte ne pouvait être qu'une simple *adstrictio religionis* pour l'esclave. C'est d'ailleurs la doctrine universellement admise.

ment ? (1) Pernice (2) remarque qu'en droit religieux, il était depuis longtemps apte à s'obliger par ce moyen. C'était une reconnaissance partielle (3) de sa personnalité dans le domaine du *fas*. Bien plus, on lui concédait l'emploi de ce procédé sur le terrain du *jus*, non seulement envers le maître, mais encore envers des tiers.

Si l'esclave avait la *libera administratio peculii*, le serment décisoire pouvait également lui être déféré ou vice-versa. Mais comme, de ce chef, se produisait une répercussion patrimoniale, le maître devait être mis en cause. C'est néanmoins un fait remarquable de voir le serment décisoire produire quant à l'esclave les mêmes conséquences que pour l'homme libre. Toutefois, il ne faudrait pas en tirer un argument par analogie pour le *jj. promissorium* ; si le maître intervient dans le premier cas, c'est en raison de ses conséquences pécuniaires qui ne se retrouvent pas dans la deuxième hypothèse où d'ailleurs il ne pourrait déléguer quelque personnalité à son *servus*, puisqu'il est lui-même partie à l'acte. Il faut donc que cette *jurata promissio servi* ne crée qu'un lien purement religieux (4).

Mais celui-ci peut n'être pas suffisant (5) pour obliger l'esclave devenu affranchi à prester les *operæ*. Aussi

---

(1) M. Cuq (*Manuel*, p. 420) admet qu'on se serait d'abord contenté du premier *jj.* et que les *operæ* n'auraient été qu'un simple devoir pour l'affranchi. (à *contrario*. D., 38, 1, 7, *pr.*). M. Girard (*Manuel*, p. 505, note 4) voit dans Vénuleius l'indication d'une théorie primitive basant l'obligation aux *operæ* sur le premier *jj.*, mais celui-ci ayant une sanction juridique.

(2) *S. B.*, 1886, II, p. 1175 sq. (Textes, p. 1175, note 3).

(3) Voir Girard, *Man.* [6], p. 92, note 2, et Pernice, *S. B.*, 2, 1886, pp. 1179 sq. ; sur le caractère de *res religiosa* de la sépulture de l'esclave (D., 11, 7, 2, *pr.*, et Varron, *De l. l.*, 6, 24).

(4) Pernice n'y voit qu'un appel à la *fides* de même que pour les promesses d'affranchissement faites par le maître à l'esclave. Toutefois en cas de conventions antérieures (*cenditio libertatis*), si le versement de la somme est considéré comme l'extinction d'une dette, depuis Marc Aurèle, le maître est en retour juridiquement obligé à l'exécution de la *manumissio* (D., 40, 1, 4. Ulpien).

(5) D., 40, 12, 44, *pr.*

ce premier serment ne sert-il que comme contrainte indirecte à la prestation du second : celui qui crée l'action *operarum*.

Karlowa veut qu'il soit fait *in continenti* au moment même de la *manumissio*, pour que la contrainte religieuse du premier *jj.* puisse produire son plein effet. C'était peut-être également nécessaire pour soumettre l'affranchi aux dispositions de l'édit de Drusus auquel semble se référer Modestin (1). Mais ne peut-on pas plutôt admettre avec M. Cuq (2) qu'il y eût là deux étapes distinctes. Avant Cicéron, qui d'ailleurs nous parle de l'édit de Drusus comme étant déjà lointain, la prestation du deuxième serment était la condition même de la validité de l'affranchissement. Puis, quand l'édit fut tombé en désuétude (et c'est à cette deuxième phase que ferait allusion le texte de Venuleius (3), l'affranchi fut sans doute contraint de renouveler son *jj.*, *in continenti* au moment de l'affranchissement ou plutôt *in*

---

(1) D., 46, 3, 77.

(2) *Manuel*, p. 420.

(3) M. Bertolini, p. 40, note 3, remarque que la phrase finale de D., 40, 12, 44 est interpolée. Pernice (*S. B.*, 1886, II, p. 1177, note 1) se range à cet avis, non seulement pour le « *dummodo in continenti, cum manumissus est aut juret, aut promittat* » que M. Lenel (*Palingénésie*, II, colonne 1209, n° 3) souligne, mais encore pour la phrase initiale du texte cité où au lieu de « *servus, dumtaxat an libertus* », il lit « *servus an dumtaxat libertus* ».

Il remarque aussi qu'au « *solet* » de « *ideo autem solet* », au lieu de lire avec Mommsen *solent*, on peut substituer, ce qui est l'évidence, *solemus* ou *solebant*». Quels que soient les résultats de ces critiques dont il est permis de trouver quelques-unes un peu spécieuses, il n'en reste pas moins vrai que les mots à partir de « *dummodo in continenti ..* » sont le produit d'une interpolation. Pernice remarque notamment que le « *promittat* » vient s'ajouter ici d'une façon singulière, car le texte ne parle nulle part d'une stipulation, mais d'un *jusjurandum* et on ne voit pas du tout pourquoi le serment ou la stipulation ont besoin d'avoir lieu *in continenti* pour être valables ; (il faut remarquer ici que leur valabilité juridique, du moins pour la stipulation, ne peut être mise en cause, mais qu'il s'agit surtout de leur efficacité pratique). Ulpien citant Celse (D., 38, 1, 7, 2) remarque d'ailleurs que l'obligation naît aussi bien d'un serment prêté *in continenti* que d'un *jusjurandum ex intervallo*, remarque qui confirme l'idée d'une interpolation dans le texte de Venuleius (Faber, *Conjecturæ*, 20, 18, p. 7 sq., p. 809, considère le *dummodo in continenti*, comme le résultat d'une glose).

continenti postérieurement à celui-ci, uniquement pour que la pression religieuse du premier serment conserva toute son efficacité. Du moins peut-on penser avec Pernice (1) qu'il en était ainsi à l'époque classique.

Quelques textes (2) parlent, il est vrai, de la naissance de l'*obligatio operarum, ex intervallo,* bien après l'affranchissement. Mais le frg. 7 nous en donne le motif : dans ce dernier passage, il s'agit d'un patron qui laisse à l'affranchi un legs sous la condition qu'il jurera au fils du testateur de lui fournir des *operæ*. Celse et Ulpien approuvent ce procédé : « *parvi referre quam ob causam de operis, libertus juraverit* ». Mais c'est une hypothèse exceptionnelle.

Il en serait de même, dit Leist, si les *operæ* ont été promises par un *impubes* pour l'époque de sa majorité ; car le serment promissoire peut être fait même par un impubère (3). Mais notons qu'ici l'obligation nait, puisque le serment ou la stipulation a lieu, mais que son exigibilité seule est différée. Du reste, les textes invoqués n'ont pas une portée générale ; ils visent les cas du « *librarius* », du « *nomenclator* », du « *calculator* », de l' « *histrio* » «*vel alterius voluptatis artifex* », et s'il semble logique d'admettre la proposition de Leist, l'opinion des jurisconsultes s'y oppose formellement. Ulpien (4) dit bien que l'*actio operarum* sera donnée contre le mineur « *cum adoleverit* », mais il ajoute : « *sed interdum et quamdiu impubes est* » (allusion à l'action utile donnée contre lui pendant sa minorité). C'est la preuve que les *operæ* n'ont pas été promises par

---

(1) On a dit aussi qu'à l'époque classique la promesse de services n'était demandée qu'à l'affranchi (D., 38, 1, 7, *pr.* et 2). Mais Pernice croit qu'il était néanmoins plus sûr d'exiger de l'esclave un premier serment, car envers un homme libre affranchi solennellement, le patron n'avait pas de moyen de contrainte directe pour le renouvellement du serment.

(2) D , 38, 1, 7, 2 ; D., 24, 3, 64, 3.

(3) D., 38, 1, 7, 5 ; D., 40, 12, 44, 2.

(4) D., 38, 1, 7, 5.

l'*impubes* « *cum adoleverit* », mais qu'elles sont déjà *indictæ*, donc exigibles pendant la minorité. Aussi peu convaincant est le texte de Venuleius (1) : « *In eum qui impubes juraverit, danda est utilis actio operarum nomine* ». Voyons donc simplement dans ces doctrines la consécration de l'idée que l'engagement par serment est permis à l'*impubes* en matière d'*operæ*.

Mais pourquoi le deuxième serment, celui du *libertus*, est-il seul efficace ? Sans doute, on répond qu'à l'origine, l'esclave s'obligeant par serment n'est lié que *religione*. Mais en droit classique, avec le développement des actions « *quod jussu* », « *institoria* », « *exercitoria* », « *de peculio* », il faut bien constater que l'esclave n'est plus seulement obligé sur le terrain du *fas*, encore bien que l'action ne soit pas donnée contre lui. On dira : c'est qu'il s'agit ici de l'intérêt du maître, lequel fait participer son *servus* à sa personnalité juridique. Sans doute en matière d'*operæ*, il faut écarter toute idée de mandat, puisqu'il s'agit en somme de deux cocontractants, mais on doit reconnaître que l'intérêt du maître aurait dû permettre de sanctionner le *jj. servi* d'une manière plus efficace que l' « *adstrictio religionis* ».

Cette absence d'effets juridiques serait d'autant plus remarquable si, comme le pensent quelques auteurs, le *jj. liberti* était un des vestiges d'un état du droit antérieur où le serment aurait été un mode de contracter pourvu d'action. On ne peut d'ailleurs que constater la complète carence de sanctions pour l'obligation aux *operæ* contractée *in servitute*.

Au contraire, le deuxième serment *post manumissionem* donne naissance au *judicium operarum*. Mais pourquoi l'affranchi devenu *civis* n'aurait-il pas plutôt usé de la stipulation, d'abord sous la forme de la *sponsio* ?

---

(1) D., 40, 12, 44, 2.

M. Bertolini (1) l'explique par le caractère originaire de la *sponsio*, par laquelle on ne pouvait promettre qu'une *certa pecunia*. Or les *operæ* étant un *incertum* tant que non *indictæ* et un *factum* en général tant que non *præteritæ*, ne pouvaient rentrer dans cette conception. Mais, si on ne peut pas se servir de la stipulation et si le lien religieux du *jj.* est considéré comme trop peu efficace, il faut munir le serment d'une action positive, ce qu'ont fait les Romains « *ad majus beneficium patroni* ». Puis, quand le contrat *verbis* se développa de telle sorte qu'il engloba le *factum* et l'*incertum*, donc les *operæ*, on maintint par respect des traditions le serment dont l'emploi fut limité à la promesse de services faite par le *libertus* (2). La symétrie (3) entre les deux institutions est si étroite que l'*acceptilatio* des obligations *verbis* s'applique aussi à l'obligation *ex jurejurando*. Ulpien (4) est d'ailleurs à cet égard assez peu affirmatif. « *Verius est* », dit-il, indice soit d'une ancienne controverse, soit d'une opinion personnelle. On a, il est vrai, essayé de soutenir qu'il y a pour le serment une *acceptilatio* spéciale en voyant dans celle-ci un « *jurisjurandi gratiam facere* », moyen pratique admis pour se libérer d'une *jurata promissio*. La preuve en reste à faire. Concluons que le serment et la stipulation en matière d'*operæ* sont deux modes d'obligations comportant une *acceptilatio* unique, si l'on s'en rapporte à Ulpien. C'est d'autant plus remarquable que malgré certains textes invoqués (5), la *dotis dictio* placée

---

(1) *Appunti didaticci*, 1905, I, p. 38.

(2) D., 38, 1, 7, *pr.*; Gaius, III, 96. Sur le serment *quot operas patronus arbitratus sit*, D., 38, 1, 30, *pr.*

(3) P. 40; Leist, V, p. 248, considérait déjà comme équivalentes la promesse d'*operæ* par *jusjurandum* et par stipulation.

(4) D., 46, 4, 13, *pr.*; p. 41, note 1.

(5) D., 23, 3, 36 ; D., 23, 3, 38 ; D., 23, 3, 41, 4.

par Gaius (1) à côté du *jj. liberti* ne peut s'éteindre par *acceptilatio* (2).

MM. Karlowa et Cuq (3) adoptent également l'idée que le *jj. liberti* a été sanctionné, parce qu'il était impossible de ne pas lui donner d'effet en raison du caractère étroit de la *sponsio*. M. Girard (4), croit que d'après une doctrine ancienne à laquelle Venulius, (*D*, 40, 12, 44, pr.) fait allusion, le premier serment, *ante m. missionem*, aurait fait naître le *judicium operarum*. Puis le droit classique, conformément au principe que l'esclave ne peut s'obliger valablement, aurait seulement attribué une efficacité au deuxième serment, celui que fait le *libertus*. M. Girard critique les explications que l'on a données de la succession des deux serments : l'un fait *in servitute*, l'autre *in libertate*. On a dit que « le maître ne pouvait obtenir une promesse valable de l'esclave avant l'affranchissement et que l'affranchi aurait pu la refuser. Mais il pourrait aussi bien refuser le serment ». Quant au moyen de contrainte de Drusus pour forcer le *libertus* à « *eadem jurare* » il aurait pu aussi bien servir pour le contrat verbal. Force est donc de conclure que le *jj. liberti* est un reste du mode primitif d'enga-

(1) III, 95 et 96 ; Epitome. II, 19, 3.

(2) M. Bertolini termine par une critique relative à la terminologie courante. Gaius (p. 41) dans un passage restitué à l'aide de l'Epitome (III, 96) dit que l'obligation *per jj.* naît « *uno loquente* » (sous réserve du *præire verbis* dont nous avons signalé l'existence dans tout serment promissoire), caractère opposé au dialogue de la stipulation, et que ce *loquens* est ici le *libertus* qui s'oblige : le patron présent à l'acte n'ayant qu'à adhérer tacitement. Or on emploie habituellement des expressions telles que *promissio liberti, promissio operarum*, sans penser que la *promissio* se réfère exclusivement à la réponse faite à l'interrogation du créancier dans le contrat *verbis*. Il est donc préférable de se servir du terme technique *jj. liberti* qui ne prête pas à confusion.

Relevons qu'un des textes invoqués par M. Bertolini pour justifier l'adhésion du patron (D., 42, 2, 6, 3) « *nec qui jurat de operis absente patrono obligatur* » semble se référer d'après son contexte au serment *in jure*.

(3) *R. R. G.*, II, p. 700 ; *Inst.*, I, p. 681.

(4) *Manuel* [6], p. 505. notes 2 et 3.

gement, le *jusjurandum*, lequel s'est maintenu en matière d'*operæ* « un peu comme l'*usucapio pro herede* est devenu une institution originale en conservant les règles qui avaient été le droit commun de l'usucapion ».

Pour M. Cuq (1), le deuxième serment, *post manumissionem*, serait une conséquence de l'affaiblissement de l'esprit religieux et des liens de dépendance des affranchis vis-à-vis des patrons. On rendit alors la promesse faite *in servitute*, juridiquement obligatoire, en la confirmant par un acte postérieur à l'affranchissement. Cet acte, malgré l'usage déjà fréquent au IIe siècle (2) de la stipulation, fut souvent un serment promissoire. Kuntze (3), remarque que, tant que le serment ne fut pas sanctionné juridiquement, il était indifférent qu'il fût fait avant ou après la *manumissio*. A quelle date a-t-il été muni d'action, nous ne le savons pas ; de même nous ignorons l'époque où le contrat *verbis* se substitue progressivement au *jusjurandum*, mais sans le remplacer. Les textes (4) accolent assez volontiers le *juraré* au *promittere* en matière d'*operæ*. C'est qu'on entre dans la deuxième période du patronat où intervient le *jus civile*. La stipulation ne pouvant avoir lieu qu'après l'affranchissement, on appliqua la même règle au *jusjurandum* ; mais on conserva le serment de l'esclave, non sanctionné, alors que celui du *libertus* le fût. La stipulation ne l'ayant pas supplanté, il fallait de toute nécessité qu'il produisit les mêmes

---

(1) *Manuel*, p. 421.
(2) Gaius, III, 96.
(3) *Excurse*, p. 546.
(4) D. 40, 12, 44 *pr.* ; D. 38, 1, 37 *pr.* ; D. h. t., 8 *pr.*
Leist, au sujet de D. 38, 1, 37 *pr.*, commentaire d'une disposition de la loi Pappia, remarque que l'*obligatus* de la phrase « *de quibus juraverit, vel promiserit, obligatusve erit* » n'est pas un pléonasme, mais qu'il désigne la situation du *libertus* envers les *liberi* du patron et de la *patrona*, *liberi* qui, quoique n'ayant pas été compris soit dans le serment, soit dans la stipulation d'*operæ*, n'en sont pas moins comme héritiers, bénéficiaires des *operæ* de l'affranchi.

effets qu'elle. Kuntze reconnait, d'ailleurs, que cette conjecture n'est basée que sur la seule logique, qui, comme telle, ne peut qu'expliquer rationnellement l'évolution primitive des institutions.

Pernice (1), voit dans le serment du *libertus*, outre un des procédés les plus usités anciennement, une répétition symétrique du *jj.* prêté par le *servus*, *jj.* lui-même précédé par l'imposition unilatérale des services par le maître. Comme le premier, ce deuxième serment ne fut originairement qu'un simple lien religieux et il est peu croyable qu'on ait songé à lui donner une efficacité indirecte en en faisant la condition de l'affranchissement. Car, avec la *m. m. censu*, on ne peut que proclamer citoyen l'esclave, sans faire allusion à des charges ayant trait à son ancienne condition. Il est en effet impossible de faire figurer ces restrictions dans une simple inscription sur les listes de *cives*. Il en est de même pour la *m. m. vindicta* dérivée de l'*in jure cessio*. Sans doute, à l'origine, toutes les charges de l'acquisition de la liberté se mouvaient dans le cycle étroit des simples *pacta*. L'affranchissement conditionnel n'étant pas plus réalisable qu'une *mancipatio* ou une *in jure cessio* du même genre, on a dû se contenter d'employer des expédients en partie dérivés de ceux des dispositions de dernière volonté et de faire promettre l'exécution de la charge, en l'espèce les *operæ*, par une *cautio juratoria* ou verbale. Cet inconvénient disparut avec la sanction attribuée au *jj. liberti*.

Du rapide examen des opinions de quelques auteurs au sujet du *jusjurandum liberti*, nous pouvons déduire les conjectures suivantes :

I) le *jj. servi* n'engendre qu'une simple *adstrictio religionis* au renouvellement du serment, après l'affran-

---

(1) *Labeo*, 3, p. 79 sq.

chissement. Peut-être au début existait-il seul en matière d'*operæ* et faisait-il naître l'*obligatio operarum*.

II) le *jj. liberti*, généralement prêté *in continenti post m. mnem*, fait naître le *judicium operarum*. Il coexiste avec le contrat *verbis*, (ce dernier étant la *sponsio*) parce qu'en raison de ses cas d'application limités, celui-ci ne pouvait concerner la prestation d'*operæ*.

III) L'infériorité de la *sponsio* sur le serment disparut vite. Ne pouvant au début, faire naître que des créances de sommes d'argent (1), la stipulation avec l'apparition de la *promissio* et de la *fidepromissio* pût embrasser les créances de corps certains, d'objets incertains et de simples faits (2). Dès lors, le *jj.* ne se maintint plus en tant que *jj. liberti* que par l'esprit conservateur de la législation romaine. On le trouve, quoique sa forme désuète ait dû depuis longtemps en faire cesser l'emploi (3), mentionné encore au Digeste, mais en tant que terme dépouillé de toute application pratique.

Il importe d'ailleurs de remarquer qu'il s'agit là d'hypothèses et qu'un seul point est certain : le serment de l'affranchi donne au patron — si les prestations des services jurés ne sont pas effectuées — une action : le *judicium operarum*. C'est donc cette action qui devrait faire l'objet de nos développements postérieurs. Mais, d'une part, on peut se demander si le bénéficiaire des *operæ* n'a pas à sa disposition d'autres moyens pour

---

(1) Girard, *Man.*[6], p. 499 ; Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 706 sq.

(2) Cette évolution se serait produite bien avant la loi Ælutia, car Caton le Censeur connait déjà des stipulations ayant pour objet un fait, un *incertum*. (*De re rustica*, 144, 2, 5 ; 146, 2, 5).

M. Girard (p. 501) croit que la première sanction du contrat verbal fut la possibilité d'intenter une *actio sacramenti in personam*, pour obtenir le titre exécutoire nécessaire à l'accomplissement de la *manus injectio* : voir la note finale du chapitre I.

(3) L'atténuation du formalisme de la stipulation a dû contribuer notablement à la désuétude du *jusjurandum*.

se les faire prester et, d'autre part, si ces services, dont le non accomplissement va permettre de sévir contre le *libertus*, n'ont pas dans la conception romaine un tout autre caractère que celui qui leur est bénévolement imparti par de nombreux auteurs et si surtout ils doivent se répartir, d'une manière trop systématique pour être vraie, sous les rubriques : *officiales* et *fabriles*.

A la première question, répond l'exposé des moyens de coercition indirecte aux *operæ* ; à la seconde, celui des critiques et de la théorie de M. Mitteis. L'un permet d'expliquer, peut-être, l'apparition sans doute assez tardive du *judicium operarum* ; l'autre, en montrant la véritable nature des *operæ liberti*, de justifier certains détails de la structure de l'*actio operarum*.

Section II. — La situation de l'affranchi vis-à-vis du patron ; la coercition indirecte aux operæ.

Mommsen (1), a caractérisé en ces termes la situation du *libertus* : « A l'origine l'affranchissement ne concédait que la liberté de fait, puis le *libertus* obtint la liberté de droit au cas de *m. m.* faite dans les formes légales ». Il est sans doute peu sûr de voir dans l'affranchi, comme le fait l'auteur, une chose sans maître, surtout en présence de la formule précise du frg de Dosithée (2), « *omnia tamen adquirebat (manumissus).... manumissori* », idée difficilement conciliable avec le terme

---

(1) *Römische Forschungen*, pp. 358-359 ; Leist (*Bücher* 37-38, IV, pp. 304, 339, 362), comme indices du peu de liberté dont jouissait l'affranchi, cite son rattachement obligatoire à la *familia* et à la *gens* du *manumissor* et le port par le *libertus* du nom du patron. Peut-être la situation du *libertus* avant l'intervention prétorienne était-elle due à ce fait que le maître pouvait bien renoncer à ses droits sur l'esclave, mais que si l'Etat ne consentait pas à cet affranchissement, le don de la liberté n'était qu'une pure concession révocable.

(2) Numéro 5, Girard (*Textes*, p. 502).

de *res nullius*. Toutefois, le texte précité appelle l'affranchi un « *quasi servus* » et se réfère expréssement à une époque assez reculée : « *antea una libertas erat* ». Il fait allusion à la liberté concédée dans des formes non prévues par le *jus civile* : la décision du maître était sans doute dans ce cas révocable *ad nutum*, parce que juridiquement elle était un néant, mais « *interveniebat prætor et non patiebatur manumissum servire* ». Sans aller jusqu'à dire avec Mommsen que primitivement l'affranchissement n'existait pas et qu'ensuite il n'y eût entre lui et la servitude qu'une simple différence de degré, il faut bien constater la situation peu stable du *manumissus* avant l'époque classique ; quelques vestiges de cet état de choses subsistent dans la période postérieure. Cicéron (1) disait : « *Majores nostri libertis imperabant non multo secus ac servis* ». Mais ce qui avait été pour les « *majores* » un droit, se bornait de son temps à des actes étroitement délimités, entre autres au droit de bénéficier de la prestation des *operæ*, que sanctionnait une action directe et différents procédés de contrainte indirecte que nous verrons dans cette section.

Pour que ceux-ci puissent jouer, il faut que l'affranchi se trouve dans un état de dépendance tel qu'il s'y soumette *proprio motu*. Cette situation a été qualifiée par des termes déjà rencontrés dans l'exposé de la doctrine de Karlowa : « *officium, obsequium, reverentia, gratitudo* ». Mais la généralité et aussi, le défaut de sens précis de ces mots a conduit à en déterminer l'origine pour en déduire la portée à l'époque classique. Leist (2) est allé chercher la source de l'*obsequium* dans

---

(1) *Ad Quintum fratrem*, I, 1, 4.

(2) On peut même voir, t. V, p. 277, une série d'étymologies destinées à convaincre les sceptiques.

Nous ne pouvons pas signaler (*ibid.*, p. 146) tous les développements de Leist quant à la situation du *libertus*. Mentionnons toutefois une curieuse opposition faite entre l'*obsequium* d'une part, et l'*impositio* qui, quoique

des institutions indo-germaniques et il n'a pas craint d'affirmer qu'il était le résultat d'une plus étroite communion antérieure entre l'affranchi et le patron, vraisemblablement d'une société existant entre eux. Il n'y a sans doute pas lieu de s'appesantir sur de pareilles conjectures et il semble bien difficile de donner une signification historique à ces termes grandiloquents : « *officium, pietas, reverentia* ». Ce sont au fond des côtés divers d'un même sentiment : la reconnaissance que l'affranchi doit témoigner à son *manumissor* pour la liberté qu'il obtient, « première condition du bonheur terrestre » ; ce sentiment se traduit non seulement par le fait de révérer la personne du patron comme « *honesta et sancta* » (1), mais surtout par la prestation de services réels.

L'ingratitude est d'ailleurs un sentiment assez répan-

---

effet de l'*obsequium*, peut seule engendrer l'obligation aux *operæ*. Ces deux conditions réunies donnent le *plenum jus patronatus* dont est exclu par exemple, le *manumissor ex fideicommissaria causa*, lequel ne peut avoir aucun droit aux *operæ*. (Sur l'*impositio* : D., 38, 1, 22, 1 ; D., 38, 1, 41 ; C., 6, 6, 6). Toutefois (p. 148) Leist dit que les *operæ officiales* se rattachent directement à l'*obsequium*, ce que prouve C., 6, 3, 6 *pr* « *ad pecuniæ exactionem obsequii non præstiti æstimatio couvertatur* », fixant l'*æstimatio* des *operæ* non pas sur la valeur de la prestation non remplie, mais sur celle de l'*obsequium* qui fait défaut.

(1) D., 37, 15, 9. Leist (4, p. 381) remarque que de même que la *pudor* et la *pietas*, la gratitude est de *naturalis ratio* ; cependant, comme pour l'affranchi elle doit se traduire par des actes positifs, elle passe dans la *civilis ratio*. En cas de manquement, elle donne lieu à l'*ingrati accusatio*. Pernice (*Labeo*, 3, p. 79) se fondant sur le caractère purement moral (en principe) des obligations à l'*obsequium* et à la *reverentia* en conclut que l'affranchissement est le don et non la vente de la liberté ; [cependant, p. 157, il cite de nombreux textes en particulier de Plaute, d'Alfénus, de Neratius, relatant l'emploi fréquent de l'achat de la liberté. Ces conventions, il est vrai, jusqu'à Marc Aurèle ne donnaient lieu à aucune action (D., 40, 1, 4, 5) et reposaient sur la *fides*. Si le préteur intervenait pour l'affranchissement de l'esclave, après donation par celui-ci du *pretium libertatis*, c'était uniquement *favore libertatis*]. C'est notamment vrai dans le cas où le maître reçoit un dédommagement pour consentir à l'affranchissement. L'acquisition de la liberté et la fixation de la valeur de l'esclave ne sont pas, comme la prestation et la contreprestation dans le contrat de vente, les deux moitiés d'un acte juridique unique ; de même l'*officium* et ses conséquences sont simplement une récompense pour le don de la liberté, sans aucun caractère d'obligation, bien précis. Ce qui le prouve, c'est que le droit au patronat subsiste, alors que l'achat de la liberté a été réalisé (D.,

du, même chez les affranchis, pour que les *manumissores* aient eu à s'en préserver. En d'autres termes, comment, abstraction faite du *judicium operarum*, pouvaient-ils les forcer à la prestation des *operæ*, justifiant ainsi la définition des droits du patronat : « rentes à rendement variable avec la qualité du *libertus* ? » (1). Quatre procédés (2), pouvaient être mis à leur disposition : deux, pouvant aboutir indirectement au résultat cherché : le refus d'*addictio in libertatem* et les *onerandæ libertatis causa* ; un troisième dont la menace pouvait être d'une grande efficacité : l'*ingrati accusatio et la revocatio in servitutem* ; le dernier enfin, empêchant le *libertus* d'invoquer pour se libérer de son obligation, une contrainte extérieure : l'interdit *de liberto exhibendo*. Nous allons voir successivement ces quatre institutions.

A. — Drusus et l'*addictio in libertatem*.

Cicéron (3) nous en parle en ces termes : « *Itaque usurpavi vetus illud Drusi, ut ferunt, prætoris in eo (liberto) qui eadem liber non juraret (quæ in servitute juraverat) : me istos liberos non addixisse, præsertim quum adesset nemo a quo recte vindicarentur* » (4).

37, 14, 23, 1). L'*officium* n'est qu'un poids pesant sur la liberté, comme la servitude sur l'immeuble et si l'on veut dépeindre la situation de l'affranchi, il ne faut pas dire qu'il jouit de la liberté, mais qu'en réalité, il n'est pas tout à fait *suæ potestatis*.

(1) Kuntze, *Excurse*, p. 600.

(2) Nous ne parlons pas ici du pouvoir disciplinaire du patron sur la personne de son *libertus* (Valère Maxime, 6, 1, 4) et devenu une *levis coercitio*, un *leviter pulsare vel emendare* ou même un *convicium dicere* (D, 47, 10, 7, 2 ; D., 47, 10, 11, 7) sous réserve du rôle protecteur de l'*atrox injuria*, quand l'affranchi avait été trop malmené.

(3) *Ad Att.*, 7, 2, 8.

(4) Voici l'explication qu'en donne de Caqueray (*Explication des passages de droit privé dans Cicéron*, p. 560).

Il s'agit de l'affranchissement *vindictâ* (aux formes empruntées à la *cessio in jure)* devant le préteur, qui dit le droit en constatant que l'esclave est libre. Cicéron a usé, dit-il, à l'égard de l'affranchi Chrysippe et d'autres, du procédé qu'avait employé le préteur Drusus. Si l'affranchi ne réitérait pas, étant libre, le serment des *operæ*, qu'il avait fait *in servitute*, Drusus déclarait qu'il n'avait pas été *addictus* comme libre.

Il s'agit d'une institution attribuée au préteur urbain Drusus (1), (639/715), refusant de consacrer la première volonté du maître tendant à l'affranchissement, en ne prononçant pas l'*addictio* de l'affranchi comme libre, ou selon Karlowa (2), considérant que cette *addictio*, si elle avait été prononcée, serait non avenue. Ce procédé était employé si, lors de la *manumissio*, l'affranchi refusait de promettre par serment les *operæ*, alors qu'en qualité de *servus*, il avait juré de le faire. La nécessité de ce refus d'*addictio*, évidemment limité au cas de *m. m. vindicta*, car les *m. m. nes censu et testamento* n'auraient que faire de la présence du préteur, implique que le renouvellement du *jj.* ne devait avoir lieu qu'à la fin de la procédure d'affranchissement (3).

Si le maître avait été au courant de la mauvaise volonté de son esclave, il n'aurait eu, à la *vindicatio in libertatem* de l'*adsertor* qu'à opposer une *vindicatio in servitutem* et aurait ainsi bénéficié de la possibilité de faire revenir le récalcitrant à des dispositions plus conciliantes. C'est donc après l'acquiescement du maître à la *vindicatio in libertatem* et avant de donner acte de cet acquiescement par l'*addictio*, que le préteur sollicite du *quasi libertus* le renouvellement de son *jj.* S'il refuse, l'affranchi en sera puni par l'absence de

---

Cicéron ajoute que lui aussi, il ne déclara pas que ses esclaves étaient libres (*me istos liberos non addixisse*), d'autant plus que personne ne s'était présenté pour revendiquer régulièrement leur liberté (allusion à l'*adsertor libertatis*).

Sur les interprétations du *non addixisse* de Voigt qui y voit l'action du *manumissor*, et de M. Girard, Wlassak, *Z. S. St.*, t. 28, p. 57, et note 2.

(1) Girard, *Mélanges de Droit romain*, I, p. 94. Peut-être ce Drusus appartenait-il à cette famille dont était Livius Drusus, adversaire de Caius Gracchus. (Wlassak. Z. S. S., t. 28, p. 55).

(2) *R. R. G*, p. 144. Cf. Wlassak Z. S. S., t. 28, p. 57.

(3) Sinon le prêteur aurait eu un moyen plus radical de coercition : refuser la *vindicatio in libertatem* et ne pas permettre ainsi au procès fictif d'avoir lieu.

toute consécration des actes fictifs qui se sont accomplis, en un mot, par la *non addictio in libertatem*. Comme, de ce chef, toute la procédure antérieure de la *m. m.* tombe, il redevient ou plutôt continue à être esclave (c'est du moins l'opinion commune).

Pernice (1) croit néanmoins, contrairement aux termes mêmes du texte de Cicéron, que l'affranchissement a eu lieu et qu'ensuite on l'annule rétroactivement par suite de la carence d'une formalité essentielle : le renouvellement du serment. Mais ce serait contraire au principe des actes formalistes où, une fois les rites juridiques accomplis, l'acte devient inattaquable. Si le préteur a prononcé l'*addictio*, le *libertus* n'est plus *servus* et s'il est permis de le rendre à sa condition antérieure, ce ne sera plus par une annulation de l'*addictio*, mais par une *revocatio in servitutem*, indépendante de la procédure de la *m. m.* Toutefois Pernice (2) constate que le principe du refus de l'*addictio* a pu être valablement utilisé dans l'affranchissement *censu* employé couramment sous la République (3). L'esclave produit l'assentiment du maître et s'annonce comme citoyen ; mais il ne le devient que quand le Censeur l'a inscrit sur les listes (4). De même, pour la *m. m. vindicta*, il faut l'avis du *dominus* et l'*addictio* prétorienne (5). Quoi de plus facile pour le maitre d'intervenir pour

---

(1) *S. B*, 1886, II, p. 1176. Pernice (*Labeo*, 3, p. 84, note 2) donne, il est vrai, la même solution en matière de stipulations conditionnelles de punitions.

M. Wlassak (*loc. cit.* p. 56, note 2) fait remarquer que l'annulation rétroactive de l'*addictio* implique que le serment relatif soit aux *operæ*, soit à ces *libertatis onerandæ causa* serait prêté avant l'*addictio*, donc par un esclave. Quelle utilité pourrait-il présenter ? D'autre part, Pernice méconnaît ainsi les indications de D. 40, 12, 44, *pr.* et D. 38 1, 7, *pr.* et 2, ainsi que de D. 40, 4, 36, qui parlent de *jj.* prononcé par un *libertus*.

(2) *Labeo*, 2, 170, note 64.

(3) Gaius, I, 140.

(4) Cicéron, *de Oratore*, 1, 183.

(5) Varron, *De L. L.*, 6, 30.

signaler dans le premier cas l'esclave au Censeur qui, avant l'inscription sur les registres de *cives*, exigera le renouvellement du *jusjurandum* ou bien une attestation du patron que point n'en est besoin. De même pour la *m. m. vindicta.*

Une pareille généralisation est-elle permise en face du texte de Cicéron strictement relatif à l'affranchissement devant le préteur ? Il ne semble pas. En tous cas cette mention de l'*addictio* (1) faite par la lettre à Atticus soulève la question : si le *jj. liberti* doit justifier son nom, il doit être prononcé après l'*addictio*, car, à ce moment seulement, la liberté est acquise ; mais alors que vient faire le refus d'*addictio* ? Si, au contraire, on veut donner à ce dernier une efficacité certaine, il faut que le serment ait lieu auparavant, donc encore *in servitute* ; on ne voit pas alors pourquoi il produirait l'*actio operarum*, alors que le ser-

---

(1) Bertolini, *App.*, p. 35 ; Cuq, *Manuel*, p. 420 ; Wlassack, *Z. S. S.* t. 28, p. 54-60 (*der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*) remarque que le texte de Cicéron, tout en faisant allusion au manque de formes dans l'affranchissement (*præsertim cum adesset nemo*), contient deux parties dont l'une peut se référer aux termes mêmes de l'édit «*in eo qui eadem liber*, etc.» et dont l'autre exprime l'opinion de Cicéron, croyant appliquer la disposition de Drusus : « *me istos liberos* », etc. Karlowa n'a pas fait la différence et s'est borné à déclarer qu'il s'agissait d'une fiction d'anéantissement rétroactif de l'*addictio*. Il faut faire la part de Cicéron et de Drusus dont (p. 60) l'auteur nous donne la reconstitution conjecturale d'un fragment de l'édit.

D'après un argument par analogie (*Ps. Dos. 8*), il faut voir dans la disposition attribuée à Drusus un pouvoir d'ordre général (et non limité à la *mm. vindicta*) qu'avait dans certains cas le préteur, de retirer leur valeur juridique à quelques formes d'affranchissements. L'efficacité de cette sanction dépend naturellement du caractère formaliste ou non de l'acte.

M. Wlassack, *die prætorischen Freilassungen*, (*Z. S. S.*, tome 26, 1905, p. 367 sq.), a montré que ce caractère n'était pas l'apanage des seuls procédés de *manumissio* du *jus civile*, mais que, loin de consister dans une manifestation quelconque de volonté, les procédés d'affranchissement du droit prétorien : *inter amicos*, *per epistulam* et le procédé postclassique : *per mensam* étaient entourés d'autant de formes que les actes du droit civil.

Ceci n'a rien d'étonnant, conclut M. Wlassack, car sont également formalistes quoique prétoriens, les interdits et les délivrances de formules.

ment précédent, prêté dans les mêmes conditions, n'engendre qu'une *adstrictio religionis* ? Quoiqu'il en soit de ces alternatives, et le problème semble insoluble, il faut s'en rapporter aveuglément au témoignage de Cicéron et voir dans le refus d'*addictio* un procédé de coercition contre le *libertus*, d'autant plus efficace qu'il intervenait au moment même de la consécration du *status libertatis*. C'est la seule constation à laquelle nous devons arriver en l'espèce et elle nous suffit.

B. — Les *onerandæ libertatis causa*.

L'affranchi, volontairement ou sous la menace du refus d'*addictio*, s'est engagé à la prestation des *operæ*, puis postérieurement il s'y refuse. Nous allons voir ici fonctionner un système ressemblant aux astreintes jurisprudentielles, hormis leur caractère successif.

Ulpien (1) remarquait (et c'était l'ancienne opinion de Servius Sulpicius Rufus) que les *manumissores* avaient coutume, en échange de la liberté qu'ils concédaient, d'exiger de leurs affranchis, en plus des *operæ*, « *durissimas res* ». Nous nous bornerons à en signaler l'existence et la nature. C'était des promesses de sommes d'argent supérieures à l'*æstimatio* des *operæ*, faites conditionnellement : « *si patronum libertus offenderit* ». Les jurisconsultes les dépeignent comme un « *onerare libertatem* » rendant illusoire le bénéfice que pouvait retirer l'affranchi d'une activité maintenant indépendante ; le « *si patronum libertus offenderit* » laissait en quelque sorte au *m.missor*, le choix entre les divers moyens de réaliser un gain immédiat dont l'affranchi aurait fait les frais. *L'onerare libertatem* consistait aussi dans la promesse d'une société, conclue

(1) D., 38, 2, 1, *pr.*

sous la condition que l'ex-esclave ne remplirait pas les devoirs que lui imposait l'*officium*.

Si les impositions conditionnelles de société ou de sommes d'argent sont faites en vue d'une infraction à l'*officium*, elles trouvent parfaitement leur application dans le cas de la non prestation des *operæ*. C'est par là que l'affranchi est tenu dans une sorte de crainte et de sujétion perpétuelles (1), mais c'est aussi par ce moyen que les *operæ*, mode de libération plus avantageux que le contrat de société ou le versement de fortes sommes d'argent, vont recevoir une prompte exécution. Peut-être cet *onerare libertatem* avec son caractère en définitive si rigoureux, avait-il remplacé comme *pœnæ promissio* (2), un droit d'action du patron si effi-

(1) D., 38, 2, 1, 1.

(2) Sur l'*onerare libertatem* :

α) *Son existence et sa nature.* (Karlowa, p 1118 sq.). Pernice (*Labeo*, II, p. 83 sq.) le rapproche de la *multa* testamentaire imitant par une peine conventionnelle la punition venant de l'autorité. C'est une amende conditionnelle conclue sous forme de stipulation, et de ce chef, pouvant s'adjoindre à une obligation principale non munie d'action (D., 44, 5, 1, 5; D., 38, 1, 39, 1). Cette promesse est généralement faite *in continenti* ; on ne remettra à l'esclave l'attestation authentique de son affranchissement que quand il aura conclu cette *poena* qui peut être déléguée ou promise à un tiers (D., 44, 5, 1, 9).

Egalement efficace est l'*admissio in societatem* (qui, d'après Pernice, n'est pas un vrai contrat de société et comme tel ne produit pas l'action *pro socio*), simple arrangement conditionnel avec l'esclave, arrangement conclu *ante manumissionem*.

Leist (V, p. 285) relève une conception erronée de Zimmern (*R. G.*, 1, 2, p. 794) confondant le *libertatis causa impositum* et l'*onerandae libertatis causa impositum*. C'est toute la différence qui sépare les obligations aux *operae*, *dona*, *munera*, d'une part et à l'*admissio in societatem* de l'autre. Leist suit généralement la doctrine courante. Signalons seulement qu'à l'époque de Rutilius pour pouvoir exercer l'action que l'auteur nomme *pro socio* (il croit donc à l'existence d'une *societas* du droit commun), il faut avoir déjà triomphé dans l'*ingrati accusatio* (p. 287), qu'il est possible (C., 6, 3, 4) de tourner la prohibition postérieure de l'*onerandae libertatis* en la dissimulant sous une *revenditio operarum*. Le *libertus* a conformément à cette apparence de *revenditio* promis une *pecunia*, valeur des services qu'il n'aura pas à rendre. En réalité, ce sera la promesse d'une prestation d'argent qui sera exigible, en cas de rupture de l'*obsequium* par le refus des *operae*. Toute *stipulatio poenae* (p. 291) suppose naturellement l'imposition valable de l'*operarum obligatio*, sinon le *manumissor* est béné-

cace, qu'il aurait réduit le *libertus* à une demi-servitude.

C. — La revocatio in servitutem et l'ingrati accusatio.

Nous ne pouvons guère que les mentionner, car nombreuses sont les controverses sur leurs caractères et même leur existence. Pernice (1) l'a niée : la liberté,

---

ficiaire d'une promesse pénale sans fondement aucun. Toutefois on peut par la fiction d'*operae* promises, alors qu'elles ne le sont pas en réalité, arriver à la validité de cette *poena* et d'autre part, il faudrait auparavant décider si celle-ci, en dépit des apparences, ne serait pas au fond une *aestimatio* conventionnelle des *operae*.

Ce dernier point semble être quelque peu paradoxal.

β) *La réaction.* — Elle se manifeste d'abord par des annulations isolées de *res impositae*, dans les cas manifestement iniques. Puis (Mommsen, D., P., 6, 2, p. 16, note 4), intervint Rutilius Rufus, prêteur en 636, n'accordant plus que l'action *operarum* et celle *societatis* et donnant au *libertus* l'*exceptio onerandae libertatis*. Les préteurs postérieurs même annulèrent *ipso jure* comme léonine la société conditionnelle entre patron et affranchi [D., 38, 1, 36; D., 44, 5, 1, 7; sur leur interprétation, Karlowa, p. 1119 : Ulpien et Labéon ne mettent pas du tout en relief le caractère conditionnel de cette société], et refusèrent l'action *pro socio* au patron, lequel ne dispose plus que de l'*actio operarum* (cf. Karlowa, p. 1119, in fine et la loi D., 38, 1, 2). Mais la société fut remplacée par la *B. P. dimidiae partis* et le patron au lieu de pouvoir mettre la main sur la moitié du patrimoine de son affranchi vivant pût seulement le faire après la mort de l'affranchi. Aussi Ulpien caractérise cette B. P. comme une *imago societatis*.

Sur l'absence de l'*onerare libertatem* quand l'esclave a promis au maître de l'argent en vue de l'affranchissement, Karlowa, p. 1120. Existence de l'*onerare libertatem* seulement dans le cas d'affranchissement volontaire.

Sur l'*exceptio onerandae libertatis post cognitionem causae*, Leist, V, p. 292.

Sur l'édit de Rutilius qui d'après Leist serait postérieur à l'*exceptio*, p. 295. Rutilius se serait borné à réduire à deux actions (*operarum* et *societatis*) les multiples actions dont les patrons avaient le bénéfice antérieur. Il aurait notamment supprimé l'action de *inofficioso testamento* et l'*actio injuriarum*.

Kuntze (*Excurse*, p. 601) remarque aussi le caractère considérablement restrictif des droits du patron que présente D., 38, 2, 1, 1. Mais, ce qui est moins banal, il voit dans la *societas* dont parle l'édit de Rutilius une conséquence du *jus fraternitatis*, qui existait à l'époque où patron et affranchi étaient *socii*. L'*actio societatis* serait donc une simple survivance d'un état antérieur, plutôt qu'une menace conditionnelle, sorte d'épée de Damoclès, pour le *libertus*. La substitution à la *societas*, attribut de l'ancien *officium*, de la *B. P.* a pu facilement se faire, car cette dernière était une *imago societatis*, sorte de société à cause de mort.

(1) *Labeo*, 3, p. 79; Mommsen (*Römische Forschungen*, 1, p. 366) croit ce-

dit-il, une fois obtenue ne peut pas être enlevée par un acte de volonté du patron. Il faut une disposition expresse pour permettre la *revocatio in servitutem* et ce fut l'objet, non de la loi AElia Sentia (1), mais d'une constitution rendue sous Commode. D'autre part, l'*accusatio ingrati*, procédure criminelle, extraordinaire et d'apparition tardive semble ne pouvoir être intentée en vertu d'un refus d'*operæ*.

L'opinion dominante est opposée à cette théorie et considère tout au moins comme ayant eu une existence réelle, ces deux institutions dont la portée est du reste contestée. Leist (2) semble en avoir donné une explication plausible relative à leurs développements respectifs.

L'*accusatio ingrati* repose sur le vieil élément de l'*obsequium* dont l'*officium* n'est qu'une subdivision. Tous ceux qui à un degré quelconque y ont droit : patron envers son affranchi, père envers ses enfants, peuvent réprimer par cette action tout acte d'ingratitude. Or le *libertus* pour manifester sa reconnaissance a un moyen bien déterminé : la prestation des *operæ* (3), surtout

---

pendant que la liberté a originairement toujours été révocable, comme la concession du *precarium* à l'affranchi-client.

(1) Mommsen (*ibid*, p. 369) déduit de Tacite (*Annales*, 13, 26) la conjecture que la loi Ælia Sentia n'a conféré au patron qu'un simple droit d'expulsion, lui retirant expressément son *jus vitae necisque* tombé déjà en désuétude.

Kuntze (*Excurse*, pp. 602-603) voit au contraire dans cette loi, en même temps qu'une restriction à l'adjonction de charges chicanières à l'affranchissement et une limitation des *operae* à celles *quae probe jure licito postulantur* et aux bornes fixées par l'*indictio*, le point de départ de la *querela patroni adversus libertum* avec comme sanction de l'*inofficiositas* : la *castigatio*, l'amende, le retrait des biens au profit du patron, l'exil, les *metalla*, l'*addictio patrono aut extraneo*. Mais il fallait auparavant que le patron eût triomphé dans l'*ingrati accusatio* sur *cognitio extraordinaria*. La situation de l'affranchi vis-à-vis de son ancien maître semble donc très dure. Pourtant il ne faut pas oublier la protection prétorienne qui permit à l'affranchi d'invoquer l'*exceptio onerandae libertatis*, contrepoids aux exigences exagérées des patrons. C'est peut-être ce qui justifie l'expression de *contractus operarum* employée par les textes.

(2) T. 5, p. 278 ; t. 4, p. 363 sq.

(3) Leist remarque que la prestation des *operae*, outre l'expression d'un

des *officiales*. Sinon, il se rend coupable d'une rupture de l'*obsequium*, diversement réprimée suivant les époques par l'*actio injuriarum*, la *manus injectio*, ou bien une coercition demandée au magistrat.

La faculté de la *revocatio in servitutem* semble ne pouvoir être contestée au patron dans le droit primitif, avec son caractère de droit laissé à son appréciation personnelle.

Puis est intervenu le préteur, lequel aurait instauré l'*ingrati accusatio*, où d'abord il n'aurait fait que constater le changement de volonté du *manumissor*, qui, ayant concédé la liberté, pouvait vouloir revenir sur sa concession. Mais ensuite se serait créée une véritable *cognitio causæ* judiciaire où le magistrat décidait si véritablement le *libertus*, en ne fournissant pas les *operæ*, s'était rendu coupable d'une rupture de l'*obsequium*, cas auquel il le replaçait sous le joug de son ancien maître (1). C'est du moins ce qui semble avoir eu lieu depuis Commode (2), qui rendit une constitution dans le sens de la *revocatio*.

---

sentiment de gratitude, est la manifestation de l'état de sujétion des affranchis vis-à-vis des *manumissores*. Aussi ceux-ci n'ont-ils pas voulu les laisser dépendre du bon vouloir de leurs anciens esclaves. Ils ont exprimé leur volonté par l'*impositio operarum* et pour quelques prestations, la renouvellent par l'*indictio* ; fixant la date et l'étendue de la prestation, elle déterminait ainsi l'époque et la portée de l'ingratitude de l'affranchi, naissant de son refus ou de sa mauvaise volonté.

(1) Les textes cités par Leist ne parlent d'ailleurs que de rupture de l'*officium* ou de l'*obsequium* en général, et mélangent diverses peines avec la *revocatio*.

Ainsi : D., 50, 16, 70 (punitions corporelles en cas d'offenses par paroles : amende, exil temporaire), D., 1, 12, 1, 10 ; D., 1, 16, 9, 3, en cas de délation : Paul, *Sent.*, 5, 13, 1 ; D., 49, 14, 2, 2 : *revocatio in servitutem* temporaire (D., 25, 3, 6, 1), retour ni *nexu servitutis* : C., 6, 3, 2. *Addictio* à un acheteur étranger et prix versé au patron (D., 25, 3, 6, 1).

Certains textes parlent clairement de l'*ingrati accusatio, delictum ad pietatem publicam pertinens* (D , 37, 15, 1, 2).

La *cognitio extraordinaria* est mentionnée au Code (6, 7, 1) et profite au patron *manumissor* (C., 6, 6, 3 et 5), à ses fils, à son *proximus heres*. Justinien aurait (Leist, IV, p. 387 et les textes cités) réservé la seule *accusatio ingrati* au patron et n'aurait conféré à ses descendants et à ses héritiers que l'*actio injuriarum*.

(2) D., 25, 3, 6, 1.

En somme, si l'affranchi ne craignait plus de se voir enlever la liberté par un acte laissé au libre arbitre de son *manumissor*, il devait redouter néanmoins une démarche de celui-ci auprès du préteur, en cas d'*operæ* non fournies, démarche qui pouvait se traduire par un retour *in servitutem*. Cette éventualité devait sans doute l'inciter à une grande diligence pour toutes les manifestations de l'*obsequium*.

D. — L'interdit de *liberto exhibendo*.

Nous avons jusqu'ici supposé que l'affranchi se refusait de sa propre volonté à la prestation des *operæ*. Mais il peut ne pas faire *sponte sua*, acte de rupture d'*obsequium*. Alors apparaît un nouveau moyen de protection du patron : l'interdit de *liberto exhibendo* (1). C'est qu'en effet jusqu'au jour de leur prestation, les *operæ* n'étant pas « *in rerum natura* », ne pouvaient être, en tant que créance, munies d'action et la contrainte indirecte, dont nous avons vu plusieurs exemples, si elle pouvait atteindre efficacement le *libertus*, restait vaine quant aux tiers.

On sait que le patron, pour les *operæ* dites *officiales*, doit employer l'*indictio* qui lui permettra de déterminer l'état de *mora* de l'affranchi, et que d'autre part, *fabriles* comme *officiales* doivent être prestées au lieu du domicile du patron. D'où pour le *manumissus* obligation de s'y rendre (2). Ainsi, pour l'*indictio* des *officiales* et pour la prestation des *fabriles*, il faut avoir le *libertus* sous la main ; d'où l'*interdictum de liberto exhibendo*, quand celui-ci est retenu par des tiers et empêché d'exécuter ses obligations.

---

(1) Leist, 5, p. 273 ; Gaius, 4, 162 ; Cuq, *Manuel*, p. 420 ; Karlowa, II, p. 149.

(2) D., 38, 1, 20, 1.

Paul (1) distingue les interdits en *divini juris aut de religione* et en *hominum causa* ; ces derniers sont groupés sous quatre chefs : *publica utilitas, sui juris tuendi causa, officii tuendi causa, rei familiaris.* Sous la deuxième rubrique, on classe l'interdit *de liberis exhibendis* et de *liberto exhibendo,* tous deux *sui juris tuendi causa.* Le deuxième contient « *veluti proprietatis causam* ». Pour les enfants, il y a deux interdits : l'un exhibitoire (2), l'autre tendant à la « *ductio* » (3). Au paragraphe 1er de D, 43, 30, 3, on lit : « *superiora interdicta* (donc celui *de liberto exhibendo* qui n'a pas de place attitrée au Digeste), *exhibitoria sunt, hoc est pertinent ad exhibitionem liberorum, ceterorumque de quibus supra diximus* ». C'est caractériser nettement la nature uniquement exhibitoire de notre interdit.

Il a un caractère purement préparatoire (comme l'interdit *de liberis* qui prélude à leur « *ductio* », mais le patron n'a pas de droit de *ductio.* N'ayant pour agir que l'*actio operarum,* il ne peut l'intenter que si les *operæ* sont *præteritae,* pour recevoir une *aestimatio.* Or, pour ce, il faut pour les *officiales* (dans la théorie classique), l'*indictio.* Il faut donc que le patron soit mis dans une situation telle qu'il y puisse procéder. Etablir cette situation est le but, uniquement préparatoire, de l'interdit *de liberto exhibendo* (4).

---

(1) D., 43, 1, 2, 1.

(2) D., 43, 30, 1.

(3) D., 43, 30, 3 ; Beseler, *Beiträge,* 1, p. 13.

(4) C'est ce qu'impliquent Gaius, 4, 162 et Justinien, 4, 15, 1. Sur le passage de Gaius « *modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo periculo* » et l'allusion au *periculum* des interdits, Leist, V, p. 275 (cf. la *poena* dans C., 6, 3, 13).

Ubbehold (dans Gluck, *Bücher* 43-44, tome 1, p. 61) remarque que sur l'interdit de *liberto exhibendo,* nous savons seulement qu'il avait l'*exhibitio* du *libertus* pour but, pour l'*indictio* des services. Donc il ne pouvait concerner les *fabriles,* qui, quoique transmissibles aux héritiers du patron, ne demandaient pas d'*indictio ;* l'interdit ne concerne que l'*exhibitio* du *libertus « cui patronus operas indicere velit »* (Gaius, 4, 162).

L'interdit *de liberto* doit être donné aux descendants du *manumissor,*

Nous avons ainsi passé en revue les moyens de contrainte indirecte aux *operæ*, ou plutôt les plus importants d'entre eux. Il nous suffisait de les mentionner sans entrer dans le détail des controverses. On n'a pas encore pu découvrir ce qu'avait voulu faire le préteur Drusus ; on ne sait rien des caractères de la société entre patron et affranchi, et la *revocatio in servitutem* de même que l'*ingrati accusatio* ont soulevé des contestations qui sont « *adhuc sub judice* ». Néanmoins, subsiste la conviction que, dans tout cet arsenal de procédés, le patron pouvait en avoir quelques-uns à sa disposition, d'une réelle efficacité, et de ce chef passer encore aux yeux de son *libertus* pour un demi-maître.

Section III. — **Critiques adressées par M. Mitteis à la théorie classique de la distinction entre les operæ.**

La doctrine de Karlowa et de Leist, telle que nous l'avons précédemment exposée, admettait comme un dogme la distinction entre les services *officiales* et *fabriles*, termes qui d'ailleurs reviennent souvent, comme autant de contrastes, dans les textes du D, 38,1.

M. Mitteis a nié l'existence d'une pareille opposition à l'époque classique et a, par la découverte de nouvelles interpolations, donné de sérieux fondements à son affirmation. Il est sans doute permis de relever dans sa critique des arguments un peu subtils, donc peu probants,

---

auxquels peuvent passer le droit aux *operae officiales*, qu'ils soient compris dans l'acte primitif d'*impositio* ou qu'ils soient *heredes sui*. Du reste, ayant envers l'affranchi paternel une sorte de droit propre, puisque succédant au patronat, on peut pour eux parler d'un cas où *patronus operas indicere vult*.

L'interdit n'est pas *rei familiaris causa*, ne protège pas un intérêt d'ordre patrimonial, mais est *juris sui tuendi causa* donné pour la protection de droits de famille au même titre que l'interdit de *libero exhibendo*.

et des dilemnes à allure scholastique. Mais la doctrine traditionnelle et officielle (1) semble avoir vécu et M. Biondi parachèvera l'œuvre destructrice de son prédécesseur.

On a invoqué pour soutenir la distinction classique des *operæ*, l'autorité d'Ulpien. M. Mitteis croit que seuls les compilateurs sont la cause de l'appui apparent que trouve ce criterium dans le titre *De operis libertorum* du Digeste. Il faut donc reconstituer la véritable pensée d'Ulpien, problème ardu, mais non insoluble.

Il est à noter que seul Ulpien emploie très fréquemment les expressions de *fabriles* et d'*officiales* (2)..

---

(1) Nous la résumons ici tel que le fait M. Mitteis. (*Z. S. S.*, t. 23, p. 143 *sq.*)

A. *a*) *Officiales :* services d'honneur et d'affection, à caractère strictement personnel.

b) *Fabriles :* Prestations de travail, à caractère professionnel, et de ce chef appréciables en argent.

B. Que le *j. j.* ou la stipulation interviennent pour la création de l'obligation aux *officiales* (Voigt, *R. R. G.* 2, p. 510), celle-ci n'est pas immédiatement exigible, parce qu'à contenu indéterminé. D'où nécessité d'attendre l'*indictio* patronale après laquelle « *operæ cedunt* ».

Au contraire, les *fabriles* sont dues immédiatement après leur promesse, mais exigibles à certains jours d'échéance (intérêt de la distinction quant à la *mora debitoris*, p. 144, note 1).

C. Le droit aux *officiales* ne passe aux héritiers que s'ils obtiennent, comme *liberi*, les droits du patronat : il en va différemment des *fabriles*.

D. Exception faite pour les *artificiales*, les *officiales* ne comportent jamais l'*adjectio solutionis causa*, qu'admettent les *fabriles*.

E. Les *officiales*, constituant une obligation naturelle, ne peuvent être répétées par *condictio* quand fournies *indebite*. Au contraire, les *fabriles* peuvent être répétées, si elles ne reposent pas sur un acte juridiquement valable.

F. Et enfin les *fabriles* doivent être dans l'acte constitutif d'obligation désignées d'une manière précise, pour constituer une « *certa species operarum* »; car si les *officiales* sont dues *naturaliter*, d'après la conception générale du patronat une promesse d'*operæ* en général n'aura trait qu'aux *officiales* et ne concernera pas les *fabriles*.

(2) D, 38, 1, 6; D, 38, 1, 9; D, 12, 6, 26, 12, où Ulpien citant Marcellus lui fait consacrer la distinction entre *officiales et fabriles*. Dans ce dernier texte, où Ulpien semble rapporter des opinions de vieux auteurs, mais où il les cite tantôt en langage direct, tantôt en style indirect, la distinction des *operæ* étant faite dans les passages en style direct, sans qu'Ulpien la rapporte à ses prédécesseurs dont l'opinion est relatée en style indirect, voir Mitteis, *loc. cit.*, p. 145, *in fine*.

Mais les vieux classiques semblent ne pas connaître cette opposition, mais une unique *obligatio operarum* sans adjectif. C'est Julien d'abord, dans le livre 22 (1) de ses Digestes, puis dans le livre 52 (2) du même ouvrage. Dans les deux passages, il y a opposition entre les *operæ* promises par le *libertus* et les *operæ fabriles* et *pictoriæ* ; dans le premier, on prévoit expressément le cas où le *libertus* est *faber* ou *pictor (si libertus faber aut pictor fuerit)*. Mais il ne faut pas en tirer cette conclusion que ses *operæ* seront nécessairement *fabriles*. Nous verrons que tout ce qu'on peut déduire de cette hypothèse est l'admissibilité d'une *solutionis causa adjectio*.

Dans le passage cité par Ulpien (3) : « *Libertus cum se putaret operas patrono debere solvit, condicere eum non posse quamvis putans se obligatum solvit, Julianus libro decimo Digestorum scripsit* », Julien, parlant de la possibilité d'une *condictio indebiti* en matière d'*operæ*, ne distingue pas d'après la nature de ces dernières. Il est vrai qu'immédiatement après suit la fameuse opposition ; mais remarquons que le passage cité, attribué formellement à Julien par Ulpien, est en style indirect ; dès qu'on en arrive à la distinction : « *natura enim operas...* »,on passe brusquement au style direct. Dès lors, nous basant sur une syntaxe très élémentaire, n'est-il pas permis de voir ici Ulpien reprendre la parole ? Il est sans exemple, qu'ayant commencé par rapporter en style indirect l'opinion d'un de ses prédecesseurs, un juriste, même de l'époque néo-classique comme Ulpien, pût continuer à vouloir le citer en style direct, rompant ainsi avec le principe de symétrie cher à la langue latine. Concluons donc ou que la distinction entre les *operæ* qui va suivre le passage de Julien est

(1) D, 38, 1, 23, *pr.*
(2) D, 38, 1, 24.
(3) D, 12, 6, 26, 12 ; sur les interpolations supposées dans ce passage, Beseler, *Beiträge*, 3, p. 148.

d'Ulpien, ou bien, suprême ressource, que le texte est interpolé.

Gaius, également, dans le livre 14 de son commentaire sur l'Edit provincial (1), oppose, sans distinction aucune, les *operæ* à d'autres faits : « *aliud est enim de operis, aliud de ceteris rebus* », et il parle de l'*operarum editio* équivalent à l'*officii præstatio*, sans aucune allusion aux *fabriles*. Il n'aurait pas manqué de les citer en contraste avec les *officiales*, s'il avait pu leur supposer un caractère divergent.

Ces vraisemblances préliminaires établies, M. Mitteis va opposer à la doctrine traditionnelle en matière d'*operæ*, la véritable conception romaine, relative à l'échéance, à la transmissibilité héréditaire, à l'obligation naturelle et restituer aux textes d'Ulpien leur caractère primitif.

A. — L'échéance des *operæ*.

Elle ne constitue, en fait, aucune différence entre les *officiales* et les *fabriles*. Le texte précédemment cité de Gaius le montre : une stipulation *operarum* a eu lieu entre un patron et un affranchi ; l'échéance ne se produit qu'après l'*indictio* : « *absurdum est credere alio die deberi officium quam quo is vellet cui præstandum est* », car « *tunc scilicet committitur stipulatio cum poposcerit, nec libertus præstiterit* ». C'est une règle d'application générale.

On objecte Julien (2) : « *Quotiens certa species operarum.... veluti pictoriæ, fabriles...cedunt tamen operæ ex die interpositæ stipulationis* ». Mais le juriste dit aussi : « *Sed operæ quas patronus a liberto postulat, confestim non cedunt quam indictæ fuissent* ». Donc,

---

(1) D, 38, 1, 22.
(2) D, 38, 1, 24.

pour les *operæ* entre patron et affranchi, il faut l'*indictio*. Il en est autrement des *fabriles*, selon Julien lui-même ; mais c'est parce qu'elles ne sont pas relatives au patronat. Il s'agit d'*operæ fabriles* qui font l'objet de contrats (1) entre parties ayant des pouvoirs égaux, entre un commettant et un travailleur libre. Cette interprétation permet de restituer au passage de Julien un sens très clair.

α) En cas de stipulation d'une *certa species operarum* (où a-t-on pu voir dans cette expression une allusion aux *operæ patronatus* ?), telles que des *fabriles*, des *pictoriæ*, elles ne sont exigibles que lorsque *præteritæ*. Mais elles sont *praeteritae* dès que dans la stipulation le débiteur a répondu à l'interrogation du créancier ; aussi en principe « *cedunt tamen operæ ex die interpositæ stipulationis* » ; toutefois, il y a dans leur nature même, concession d'un terme implicite : « *Quia etsi non verbis, at re ipsa inest obligationi tractus temporis* ».

β) Suit une opposition avec les *operæ liberti*, expressément mentionnées : « *Sed operæ quas patronus a liberto postulat, confestim non cedunt* », car elles ont besoin d'*indictio* : « *scilicet quia ex commodo patroni libertus operas edere debet* ».

γ) Enfin, confirmation de l'opposition : « *Quod in fabro vel pictore dici non convenit* ».

Remarquons les termes « *faber* », « *pictor* » ; pourquoi veut-on leur accoler obligatoirement *libertus* ?

Mais on dira : les *fabriles* doivent toujours être promises expressément comme telles, comme « *certa species operarum* ». Comment y voir une *stipulatio operarum* habituelle dont l'échéance se détermine d'après les principes généraux ? Des textes (2), en effet, donnent à

---

(1) D, 45, 2, 5 ; Beseler, *Beiträge*, 3, p. 142.

(2) D, 38, 1, 24 ; D, h. t. 22 ; c'est poser un dilemme : 1 — ou bien accepter

toute *postulatio operarum* du patron le caractère d'un acte unique, toujours basé sur l'*indictio*. On devrait donc dire, et c'est l'unique échappatoire, que, même si le patron se fait expressément promettre des *operæ fabriles*, cette stipulation, quant à l'échéance, ne sera pas traitée comme s'il s'agissait de celle relative à des services de travailleurs libres ; c'est ce qui différencie les *operæ* de l'affranchi en tant que *fabriles* de celles de l'ouvrier indépendant.

Ceci suppose naturellement que la *stipulatio operarum fabrilium liberti* porte sur une « *certa species* ».

Mais, répond Mitteis, les sources n'indiquent pas que l'affranchi promette les *operæ fabriles*, en se basant sur une qualité déterminée, et d'une manière particulière. Au contraire, les *operæ* sont simplement déterminées d'après les journées de travail (1) : *C, L, operæ*. La thèse inverse n'a aucun fondement dans les textes. Elle s'appuie sur la loi 24, D, 38, 1, où en effet on trouve bien l'expression « *certa species operarum* », mais dans la stipulation d'un *extraneus*. C'est oublier trop facilement l'opposition faite par Julien entre celle ci et celle du patron (2).

---

la théorie d'une *postulatio patroni* unique (système de l'*indictio*), mais alors la stipulation des *fabriles liberti* n'équivaut plus à celle des *fabriles* ordinaires (exigibles *post tractum temporis, ex die stipulationis*). 2 — ou bien accepter l'assimilation entre *stipulationes liberti* et *stipulationes* ordinaires. Mais alors que deviendra le *postulare* unique dont on veut faire état? On arrive ainsi à créer quant à l'exigibilité une différence entre *officiales* et *fabriles*.

(1) D, 37, 14, 6, 1 ; D, 38, 1, 15, 1 et 39 ; D, 45, 1, 54, 1.

(2) Mommsen dans la loi D, 38, 1, 23, *pr.* intercale dans la phrase de Julien « *quare sicut fabriles operas quis potest sibi aut Titio stipulari, ita patronus a liberto operas sibi aut Sempronio recte stipulatur* », un « *eas* » avant le deuxième « *operas* ». Il s'agirait ainsi d'une stipulation expresse de *fabriles*. Mais il n'est pas nécessaire d'intercaler un « *eas* » ou un « *has* ».

Mitteis rapproche — rejetant la ponctuation par deux points — la deuxième moitié de la phrase : « *et libertus obligatione solvetur si tales operas extraneo dederit quales patrono præstando liberaretur* » du texte précédent. La phrase conditionnelle « *si tales... præstiterit* » se rapporte ainsi à la première moitié de la phrase « *ita patronus stipulatur* » et en

Passons à une démonstration plus positive et voyons la manière dont les juristes traitent le cas où le *libertus*, en raison de sa profession spéciale, est surtout astreint à des *operæ* techniques déterminées.

Il y a bien chez les jurisconsultes classiques une certaine ressemblance entre cette obligation et celle aux *operæ fabriles* ordinaires : en raison de l'exercice de son métier, l'affranchi sera surtout astreint à l'exécution de semblables prestations. Mais il y a loin de ces *operæ liberti* à la stipulation *certarum operarum*. Car si le *manumissus* doit fournir des *fabriles*, il ne le doit que « *quamdiu id artificium exerceat* » (1). C'est une preuve que les Romains pensaient peu à une stipulation d'*operæ fabriles* déterminées. Julien et Callistrate n'envisagent même pas ce dernier cas avec la restriction qu'il devrait comporter, silence qui prouve que cette éventualité ne se produisait jamais. Car, dans une promesse d'*operæ fabriles* déterminées, où le changement de profession par une volonté unilatérale ne peut pas supprimer l'obligation, aurait dû disparaître le « *quamdiu libertus id artificium exerceat* ». Aussi doit on considérer comme exclue cette stipulation d'*operæ fabriles* « déterminées », si l'on ne veut pas imputer à Julien et à Callistrate une négligence impardonnable. Concluons donc que les services techniques de l'affranchi ne sont exigibles que sur la demande du patron, mais sous la condition que le *libertus* sera encore en mesure de les fournir du fait de la continuation de son métier.

---

détermine la portée et la signification. Sens de l'ensemble : un *solutionis causa adjectus* peut être établi par le patron, car il s'agit de services d'affranchis qui peuvent être fournis à un tiers et l'*adjectio* naturellement n'entre en vigueur que quand de tels services sont demandés.

(1) Julien, D, 38, 1, 23 ; Callistrate, D. 38, 1, 38, 1.

B. — La transmissibilité héréditaire.

Seul, dit-on, le droit aux *fabriles* doit passer aux héritiers. Gaius (1), toutefois, ne connait pas cette distinction et ne donne le bénéfice des *operæ* en général, qu'aux enfants ayant droit au patronat. Ulpien (2) marque cependant l'opposition : « *Fabriles operæ ceteræque, quae quasi in pecuniae præstatione consistunt, ad heredem transeunt, officiales vero non transeunt* ».

M. Mitteis remarque que d'après son contexte primitif (3), ce passage traite de l'adrogation et qu'Ulpien y recherche quels droits de l'adrogé passent à l'adrogeant ; la distinction faite à ce sujet ne s'impose pas en matière d'*operæ* patronales. Sans doute le frg. d'Ulpien est au titre du Digeste « *De operis libertorum* », ce qui fait immédiatement penser à une distinction relative aux services de l'affranchi. Mais cette apparence trompeuse disparait, dès qu'on fait abstraction des textes avoisinants, « voisinage artificiellement créé ». On comprend très bien la distinction faite par le juriste en voyant dans les *officiales*, les *operæ* juridiquement liées au patronat et dans les *fabriles*, des *operæ* ordinaires.

On a bien invoqué encore l'autorité d'Ulpien (4). Mais dans l'original, ce passage ne se rapporte pas à la question de la transmissibilité héréditaire des droits du patronat, mais a trait aux restitutions que doit faire le mari à sa femme quand il affranchit un esclave dotal. « *Operæ in rerum natura non sunt* » dit Ulpien. C'est bien là le caractère des *officiales* du *libertus*,

(1) D, 38, 1, 22, 1.
(2) Livre 26 *ad Sabinum*, D, 38, 1, 6.
(3) Lenel, *Paling*, II, colonne 1110, n° 2689, alinéa 2.
(4) Livre 34 *ad Sabinum*, D, 38, 1, 9 ; Lenel, *Pal.*, II, col. 1149, n° 2791.

futuræ et intransmissibles ; mais remarquons que les *fabriles* semblent dans le passage mentionné, ne pas être placées en opposition directe aux *officiales* à propos de la restitution dotale, mais être citées simplement comme un exemple théorique, nécessaire à un examen plus approfondi relatif aux *officiales*.

Après qu'Ulpien a terminé sa remarque générale de l'intransmissibilité des *officiales* et de la transmissibilité des *fabriles*, il ajoute : « *sane enim si in artificio sint jubente patrono et alii edi possunt* ». Ceci n'a de sens logique que si l'on y voit une conclusion tirée de la transmissibilité des *fabriles*, laquelle passe aux *officiales* qui consistent « *in artificio* ». Car si l'on y voit avec la théorie généralement admise, l'expression de l'idée que les *operæ fabriles* étant transmissibles, elles le sont aussi quand elles consistent en services techniques, c'est un non sens : quelles sont donc les *fabriles* « *quæ in artificio non consistunt* ? ».

L'idée d'Ulpien est moins absurde : « De leur nature, toutes les *operæ* sont des « *res intellectu comprehensæ* » et leur restitution au sens propre est, de ce chef, impossible. De plus, lorsqu'elles ont trait à des services d'affranchis, elles sont de nature hautement personnelle. Il en est autrement pour les travaux manuels, si fongibles *natura*, qu'on peut, quoique eux aussi, ne soient pas *in rerum natura*, les déléguer à un tiers. Aussi, quand un travail manuel, *artificiales operæ*, est exigé de l'affranchi, il peut faire l'objet d'une délégation.

Mais comment avec cette interprétation expliquer le « *fabriles autem ejus generis sunt..... si in artificio sint, jubente patrono et alii edi possunt* », alors que comme sujet nous donnons à cette dernière phrase : « *officiales operæ* » ? Faut-il supposer une incorrection grammaticale ? Croyons plutôt à une altération résultant de l'abréviation du texte par les compilateurs.

Le passage en porte des traces évidentes. Les mots du début : « *sed officiales quidem futuræ* » manquent de verbe : le *nec* qui les suit en est une preuve manifeste ; d'ailleurs ce ne sont pas seulement les *officiales*, mais aussi, ce qui rend incorrecte l'expression « *sed officiales quidem futuræ...* », les *artificiales* qui peuvent être *futuræ*. Quelle a été la portée et l'étendue de l'abréviation, on ne le sait pas, mais vraisemblablement Ulpien devait ici donner de plus longues explications sur la nature de toutes les *operæ*. Nous connaissons ses idées principales, malgré la manière dont a souffert la construction syntaxique, idées qui démontrent l'inanité de la conception classique.

Reste la question de la possibilité d'un *solutionis causa adjectus* dans l'*obligatio operarum*.

Karlowa (1) dit qu'en matière d'*officiales* (et contrairement à ce qui se passe pour les *fabriles*) le *solutionis causa adjectus* est exclu de la stipulation et de la *jurata promissio*. C'est justement ce que ne montrent pas les sources qui considèrent comme possible l'adjonction du *solutionis causa* dans toutes sortes de stipulations *operarum* (2).

On ne discute pas sur la possibilité de l'*adjectio solutionis causa*, considérée comme hors de doute (3), mais sur le fait de savoir si, le *libertus* pouvant aussi s'acquitter réellement de sa dette par des prestations faites à l'*adjectus*, l'*adjectio* est toujours effective ; c'est alors qu'on distingue entre les *operæ artificiales* ou non (4). Il y a, sans doute, une différence d'après

(1) R. R. G., 2, p. 147.

(2) Julien, livre 22 de ses *Digestes*, D., 38, 1, 11 ; D., h. t., 10, 1. Pomponius (livre 15 *ad Sabin.*), D., h. t., 12 ; Julien, D., h. t., 23, *pr.*

(3) D., 38, 1, 10, 1.

(4) Restrictions à la transmissibilité, défense de *mercedem a liberto capere*, Mitteis, p. 154, note 1. Mais la loi Ælia Sentia défendant de faire du travail de l'affranchi un objet de spéculation n'en défend pas la transmission et permet même dans un cas la rémunération donnée de ce chef au patron.

la nature des services, mais elle n'est pas obligatoire et ne repose pas sur le sens littéral de la promesse et sur l'emploi des mots *fabriles* ou *officiales* ; mais elle peut venir de la qualité, de la position, de la profession, du genre de vie de l'affranchi (1).

Si d'après ces données, le *libertus* est tel qu'on puisse lui demander des services appréciables en argent (les *fabriles operæ* de la théorie classique), *l'adjectio* aura son plein effet. Mais si en même temps, le patron est disposé à exprimer le désir que ces services lui soient rendus, alors, même une délégation à un tiers des *operæ* ainsi demandées est impossible. L'existence de l'*adjectio* dépend donc de la qualité de l'affranchi et son efficacité de la volonté du patron, mais la nature des *operæ* ne joue aucun rôle.

C. — La *naturalis obligatio*.

Julien, nous l'avons déjà vu, n'a signalé à cet égard aucune différence entre les *operæ* (2) : « *libertus quum se putaret operas patrono debere, solvit, condicere,... non potest quamvis putans se obligatum solvit, Julianus libro decimo Digestorum scripsit* ». Ces mots rapportés par Ulpien en style indirect et qui seuls du texte peuvent être attribués à Julien, font allusion à ce fait : les *operæ* fournies ne peuvent être répétées par *condictio*, car elles sont toutes dues *naturaliter* : « *natura enim operas patrono libertus debet* », sans aucune distinction entre *officiales* et *fabriles*.

Celse, il est vrai, cité dans ce même passage par Ulpien conclut que les *fabriles* peuvent faire l'objet d'une *condictio* en répétition. Mais alors il faut poser la question : qu'est-ce que ces *fabriles* dans la pensée de

(1) Callistrate, D., 38, 1, 38.
(2) D., 12, 6, 26, 12.

Celse ? Il semble n'avoir pas eu en vue les droits du patronat, car ce passage est tiré du livre 6 de ses Digestes où il traite en général de la *condictio*. Si relativement à celle-ci, il mentionne les *operæ* (1), c'est parce que, ne pouvant être répétées en nature, elles constituent un exemple remarquable de discussion. Traitant un sujet d'ordre très général, le juriste n'a pu penser à une opposition quelconque entre les services demandés à l'affranchi et il est loin d'avoir voulu faire allusion à la question d'une obligation naturelle excluant toute *condictio*. C'est très compréhensible si l'on se souvient que la théorie de l'obligation naturelle est l'œuvre de Julien et que Celse ne cite nulle part les Digestes de son prédécesseur (2). Il n'y a pour lui qu'un seul point intéressant dans l'espèce : savoir dans quelle mesure les *operæ* forment obstacle à la *condictio*, constituant ainsi une exception à une règle générale.

On peut également remarquer que dans le texte rapporté en style indirect par Ulpien et attribué par lui à Celse, les *officiales* et les *fabriles* ne sont nullement désignées comme les deux termes d'une opposition ; bien mieux, elles n'y sont pas expressément nommées. Le passage cité se rapporte aux *fabriles* par une question posée en style direct par Ulpien, après l'avis de Julien qu'il vient de rapporter : « *sed si operas exhibuit non officiales, sed fabriles, videndum an possit condicere* ». De même le terme « *officiales* » est également d'Ulpien et inséré dans une phrase interrogative, il servira de liaison entre l'opinion de Celse et celle de Marcellus : « *sed si delegatus sit a patrono officiales operas....* »

---

(1) Lenel, *Paling*, I, col. 135, n° 50. C'est des *operae* que traitent au contraire Marcien, D., 19, 5, 25, et Ulpien, D., 24, 3, 64, 2 (à propos de la *manumissio* d'un esclave dotal par le mari *negotiorum gestor* de sa femme) sur le premier texte, Beseler, *Beiträge*, 2, p. 166.

(2) Kruger, *Rechtsquellen*, p. 169.

Concluons donc que notre auteur ne parle des *operæ* que d'une manière si générale qu'elle ne saurait impliquer l'existence dans sa pensée d'une différence quelconque entre elles.

C'est aussi l'opinion de Marcellus cité après lui ; à supposer que le « *sed si delegatus sit* » soit de ce juriste, il faut bien convenir que le passage a dû être singulièrement bouleversé par les compilateurs. Une phrase telle que « *sed si delegatus sit a patrono officiales operas* », comportant un accusatif au pluriel et un verbe au singulier, tous deux embarassants, a dû faire l'objet d'une assez maladroite interpolation. L'avis de Marcellus (1) est tiré de son traité des *stipulationes et solutiones*, ce qui permet de repousser toute allusion par lui faite au caractère spécial de certaines *operæ* du *libertus*. Marcellus pense aux *operæ* de l'affranchi, mais sans avoir le moindre soupçon d'une classification pouvant opposer deux espèces l'une à l'autre. Il voit en effet dans les *artificiales* une sous-catégorie des *officiales* : « *sed si delegatus sit officiales...* etc..... *nisi forte in artificio sint* ». Or, ceci n'est pas possible si l'on admet une opposition entre *fabriles* et *officiales* : les *artificiales* qui, en fait, sont identiques aux *fabriles* ne devraient pas constituer une sous-catégorie des *officiales*, mais bien un parfait contraste avec elles, comme formant une variété des *fabriles*. Nous voyons que, bien au contraire, cette divergence est inconnue de Marcellus qui rattache les *artificiales* aux *officiales*, preuve de l'inexistence pour lui de la distinction généralement admise.

D. — L'autorité d'Ulpien.

Mais, dira-t-on que Marcellus, Julien et Celse n'aient pas visé *in terminis* cette distinction, il n'en reste pas

(1) Lenel, *Paling*, I, col. 625, n° 228, alinéa 12.

moins établi qu'Ulpien dans ce même passage dit formellement : *sed si (libertus) operas patrono exhibuit non officiales sed fabriles* ». Voilà une opposition nettement posée par le seul Ulpien (1).

M. Mitteis se demande si l'on doit comprendre Ulpien comme le veut la doctrine courante. Il semble bien, dit-il, que c'est un jugement préconçu *(Vorurtheil)* de voir ici la mention de deux termes contraires en matière d'*operæ liberti*. Ecartons cette idée. La théorie d'Ulpien n'en conserve pas moins un sens logique. « *Si operas exhibuit non officiales sed fabriles* », cela veut dire : « si l'affranchi n'a pas fourni les services en vue du droit du patronat » (*im Hinblick auf das Patronatsrecht*), mais comme un travailleur manuel ordinaire fournit les *operæ fabriles*. Naturellement, dans cette hypothèse nous excluons l'idée d'une obligation fondée sur le patronat, et nous y voyons seulement celle qui découle d'un engagement courant. Ulpien n'en est cependant pas moins clair et M. Mitteis conclut : « La possibilité sans contrainte de cet engagement *(zwanglose Zulässigkeit)* est si évidente *(liegt so sehr auf der Hand)* qu'il n'y a pas besoin de lui donner d'autre fondement. Il suffit de relire sans idée préconçue les textes cités pour voir qu'avec cette théorie de la désignation par le terme *fabriles* des services d'un travailleur libre, et seulement avec elle, tout rentre dans une conception générale aussi juste que naturelle *(alles in einem vollkommenen und natürlichen Zusammenhang steht)*.

E. - Résultats proposés par M. Mitteis.

Ils sont simples. Le *libertus* fournissant comme tel des services à son patron ne fournit jamais d'*operæ*

(1) Cf. encore d'Ulpien, D., 38, 1, 6 et 9.

fabriles, ce que fait l'ouvrier manuel indépendant, mais toujours des *officiales*. Il les preste *civiliter*, s'il les a promises comme un *libertatis causa impositum*, *naturaliter*, s'il s'exécute sans promesse spéciale.

Quelle est la portée, quel est le « contenu » de cette obligation aux *operæ* ? Ce ne sont ni la stipulation, ni le *jusjurandum* qui peuvent les déterminer, car s'ils sont relatifs à des services en *quantité* déterminée, ils ne font aucune allusion à la *nature* et à la *qualité* de ceux-ci. Les fixer, tel sera le but de la capacité personnelle, de la profession, du genre de vie et de position du *manumissus*, puis de l'*indictio* du patron qui créera aussi, par sa répétition, les limites à apporter à toutes les *operæ* de nature semblable.

Le *manumissor* ayant comme affranchi un *faber* ou un *pictor*, pourra lui demander des prestations qui ne rentrent pas dans ce métier, mais sous certaines restrictions : à condition notamment de ne pas exiger un éloignement trop prolongé susceptible de porter préjudice à l'ex-esclave obligé de quitter une occupation lucrative. Mais, d'autre part, il pourra également lui demander des services professionnels, aussi longtemps que le *libertus* exercera son métier.

Si ceux-ci sont de nature technique et manuelle, ils peuvent donner lieu au moment de l'affranchissement à une promesse alternative de prestations au patron ou à un tiers, mais il faut que, dans ce dernier cas, leur caractère reste toujours inchangé. L'obligation naturelle à la charge de l'affranchi concerne l'une et l'autre hypothèse. Enfin, le droit aux *operæ* n'est transmissible héréditairement et sans distinction aucune entre elles qu'aux seuls enfants titulaires des droits du patronat.

Pour désigner les services professionnels du *libertus*, les textes n'emploient pas, comme on le croyait, le terme de *fabriles*, mais usent d'une périphrase et les désignent comme « *operæ quæ in artificio consistunt* ».

Celles-ci ne sont, nous l'avons vu, qu'une variété des *officiales*, des *operæ liberti* en général.

Ce fait est corroboré par l'emploi par les juristes d'*operæ* à la place d'*officium*, comme si les deux mots étaient synonymes. Ulpien lui-même en fournit un exemple (1) : « *Si non operæ patrono sunt solutæ, sed cum officium ab eo desideratur, cum patrono decidit pecunia et solvit* » et Gaius (2) nous apprend « *operarum editio nihil aliud sit quam officii praestatio* ». C'est confirmer ainsi la généralité de l'expression *operæ officiales* et son sens précis de services rendus par l'affranchi.

Maintenant, nous pouvons reprendre l'idée que nous avons érigée dès le début en principe, depuis justifié : les compilateurs ont rapporté le célèbre passage d'Ulpien dans le titre *de operis libertorum* du Digeste d'une manière telle qu'on pouvait croire que les *fabriles* sont une catégorie des *operæ libertorum*. Cette fausse tradition est du reste bien compréhensible. Tant que le patronat subsista comme institution vivante, produisant des effets bien déterminés, il n'y eût jamais de doute sur le sens des *officiales operæ*. C'était le terme technique désignant les services de l'affranchi, tandis que par *fabriles*, on entendait ceux des travailleurs manuels ordinaires. Ainsi aujourd'hui quand on parle de services rendus à la Cour d'un prince, on n'a pas à écarter l'idée de services récompensés par une rémunération journalière et on y voit tout naturellement des « *Ehrendienste* », sans penser que dans quelques siècles on leur attribuera peut-être un tout autre caractère.

De même, les jurisconsultes classiques, employant *officiales* et *fabriles*, ne se doutaient pas de la confusion,

---

(1) D., 12, 6, 26, 12.

(2) D., 38, 1, 22, *pr*. Beseler, *Beiträge*, 3, p. 32, place ce membre de phrase entre crochets (*vellet ;* pour *velit ;* la phrase entière lui semble être une pétition de principe).

pour eux inadmissible, qu'allaient commettre leurs interprètes, incapables, étant étrangers de langue et de sentiments, de reconnaître d'après les nuances des termes employés, les services de l'affranchi et ceux du travailleur libre. Cette distinction allait être d'ailleurs auparavant méconnue par les compilateurs du Digeste, qui, soit volontairement, soit par ignorance, allaient par de maladroits remaniements et de peu expertes coupures dans les œuvres des grands juristes contribuer à obscurcir encore les données de ce difficile problème.

F. — Quelques remarques sur la théorie de M. Mitteis. Résultats acquis.

La théorie adverse reposait sur ce que l'auteur a appelé « un jugement préconçu » quant aux sources. Il fallait voir dans tous les textes mentionnant les *fabriles* et les *officiales* une opposition entre ces *operæ* dans le sens bien connu.

M. Mitteis a voulu écarter ce préjugé et a montré qu'Ulpien notamment, le principal appui de cette opinion, pouvait très bien ne pas avoir en vue les services de l'affranchi, quand il parle de *fabriles* (1). On objectera que c'est emprunter à l'adversaire même sa tactique en la renversant, ce qui n'en constitue pas moins un « *Vorurtheil* » et qu'au lieu de déduire l'interprétation du texte d'Ulpien d'un principe antérieurement posé, il aurait mieux valu se servir de l'induction.

Constatons simplement que le sens du fameux « *si operas exhibuit non officiales sed fabriles* » est aussi logique que celui généralement adopté.

De même, Julien et Celse cités par Ulpien, ainsi que Marcellus, parlent d'*operæ* d'une manière des plus géné-

---

(1) D , 12, 6, 26, 12 ; voir la restitution du texte d'après Mommsen (D., p. 171, note 6), « *officiales operas praestaturus, num debeat operas...* »

rales. Il est, sans doute, bien délicat de déduire avec M. Mitteis du titre de l'ouvrage dont les passages de ces jurisconsultes sont extraits, des conclusions même vagues, sur l'intention de leurs auteurs dans les frgs. cités. Il semble qu'on ne puisse guère aboutir de la sorte qu'à de simples vraisemblances. Mais plus sûre est la conclusion tirée du passage de Marcellus et de la classification parmi les *officiales*, des *operæ artificiales*. On dira cependant : Ceci suppose un texte bien établi. Or M. Mitteis (p. 155, note 3), prétend que dans le « *sed si delegatus sit a patrono officiales operas* », le « *officiales operas* » semble être interpolé (1). (*Warscheinlich ist « officiales operas » eingeschoben*). Or, si c'est une addition des compilateurs, la classification des *artificiales* parmi les *officiales* s'écroule, car ce « *nisi forte in artificio sint* » se rapportait naturellement à « *officiales operas* ». Voici le texte :

« *Sed si delegatus sit a patrono officiales operas, apud Marcellum libro vigentesimo Digestorum quæritur ? et dicit Marcellus non teneri eum, nisi forte in artificio sint* ».

Supprimons « *officiales operas* », on ne peut guère savoir ensuite à quoi se rapporte le « *nisi forte in artificio sint* ». On répond : la suite du texte comporte : « *sed si solverit officiales delegatus* » et on ne peut y voir une opposition avec la phrase précédente. Marcellus envisage en effet deux questions : d'abord celle de la *delegatio* d'*operæ* par le patron, impossible, « *nisi forte in artificio sint* ». Or, s'il s'agissait ici de *fabriles* et si on remplaçait par ce terme les *officiales*, on aurait « *sed si delegatus sit a patrono fabriles operas* ». Pourquoi y aurait-il donc : « *apud Marcellum libro vigentesimo Digestorum quæritur* », c'est-à-dire

(1) Ce terme est d'ailleurs assez maladroitement placé auprès du singulier : *si delegatus sit*.

« on cherche à savoir », « on se demande si ? ». L'hésitation de Marcellus serait incompréhensible si elle était relative aux *operæ fabriles*, dont la délégabilité est justement un des dogmes les mieux établis de la doctrine courante.

Puis Marcellus étudie le cas : « *sed si solverit officiales delegatus* ». C'est la suite logique de l'idée précédente. Tant qu'on n'aura pas démontré l'interpolation de ce deuxième *officiales*, il est naturel de penser que, puisqu'ici le juriste se préoccupe de la *condictio* d'*operæ officiales* prestées par le *delegatus*, dans la phrase précédente où il traite de la possibilité de la *delegatio* d'*operæ*, il devait également avoir en vue les *officiales*.

C'est conforme à l'idée d'ensemble du texte : d'abord examen du principe de la délégabilité. Puis qu'advient-il si le délégué a rempli sa *delegatio* ? On se trouve avoir ainsi confirmé que le « *nisi forte in artificio sint* » se rapporte bien aux *operæ officiales*.

La soit disant différence entre *officiales* et *fabriles* relativement à l'échéance, semble avoir été, elle aussi, fortement battue en brèche. Sans parler des sources (1) qui ne font à cet égard aucune distinction entre les *operæ*, Julien (2), mentionnant les *operae fabriles*, paraît bien avoir eu en vue celles des travailleurs libres.

Sans doute (3) ces *fabriles* désignées comme *certa species operarum*, donc par leur qualité, et non par leur quantité, heurtent la théorie de la désignation, par leur nombre, des *operæ liberti*. Néanmoins, on s'est appuyé sur ce caractère pour en tirer l'argument suivant : ces *fabriles*, « *certa species operarum* », sont assimilées aux services de travailleurs libres, sans cesser pour cela d'être des *operæ liberti*. Or, ces deux caractères semblent contradictoires ; l'échéance d'une

(1) Gaius, D., 38, 1, 22.
(2) Julien, D., 38, 1, 24.
(3) Mitteis, p. 148.

telle *stipulatio operarum* sera déterminée, soit comme pour les *officiales* par l'*indictio* du patron (ce « *postulare* » du *manumissor* est, dans certains textes, un acte nécessaire à toute échéance d'*operæ* (1) ; mais alors ce ne sera plus une stipulation de services ayant le caractère de ceux demandés à un travailleur libre, soit par les règles ordinaires de l'échéance des *operæ* d'ouvriers indépendants, mais comment la rattacher aux *operæ liberti* puisqu'il y aura absence d'*indictio* ?

Mais cette discussion, dit M. Mitteis, est sans but, car les sources n'ont jamais montré que le *libertus* promette les prétendues *fabriles* dans une qualité déterminée, comme une « *certa species* » ; du reste, si Julien emploie bien cette dernière expression (2), c'est dans la stipulation d'un *extraneus* et il a soin de l'opposer à la stipulation d'*operæ* faite par le patron : « *sed operae quas patronus* etc... » où l'*indictio* joue son rôle bien connu. Constatons aussi qu'une stipulation d'*operæ certæ speciei* (3), est incompatible avec la réserve faite en matière d'*operæ liberti* : « *quamdiu libertus id artificium exerceat* » et croyons avec M. Mitteis, soit pour les prétendues *fabriles*, soit pour les *officiales* à la nécessité de l'*indictio* patronale.

Enfin la transmissibilité héréditaire des *operæ* a permis à notre auteur de montrer que les textes invoqués pour justifier une différence quelconque entre elles n'étaient pas très probants, les uns (4) se rapportant à des questions connexes à l'adrogation, les autres (5), visant des cas de restitution dotale. Quant au rôle joué par les compilateurs et leurs abréviations maladroites, ce n'est, et pour cause, qu'une hypothèse, mais combien

---

(1) Gaius, D., 38, 1, 22 ; Julien, D., h. t., 24.
(2) D., 38, 1, 24.
(3) Mitteis, p. 150.
(4) D., 38, 1, 6.
(5) D., 38, 1, 9.

admissible en présence de la corruption d'un texte tel que D, 38, 1, 9.

Concluons de cette délicate discussion que les sources de la distinction des *officiales* et *fabriles* ne prouvent rien. Bien au contraire, si elles font une opposition, c'est entre les services de l'affranchi, *operæ officiales*, et ceux d'un ouvrier libre, *operæ fabriles*. La portée et la nature des prestations du *manumissus* n'en seront pas restreintes pour cela. La sous-catégorie des *officiales*, les *artificiales*, permet au *manumissor*, sans sortir des limites de l'*officium*, de se faire rendre des services que d'ailleurs il peut déléguer à un tiers. Ils sont plus effectifs et plus matériels que les autres, sans que toutefois, on soit obligé de faire subir une déviation trop accentuée à la nature générale des droits du patronat.

Titre II. — *Le judicium operarum.*

Le patron peut, par les moyens que nous avons très rapidement signalés, forcer indirectement son affranchi à lui prester les services promis *libertatis causa* ; il a en outre à sa disposition une action : le *judicium operarum* sanctionnant l'obligation du *libertus* à ces *operæ fabriles et officiales* de la doctrine classique, à ces *operæ officiales* seulement, dirons nous avec la nouvelle terminologie de M. Mitteis. Ce *judicium* s'applique aussi bien au *jj.* qu'à la stipulation et ce caractère un peu singulier ne trouve aucune explication dans les textes du Digeste (1). Les renseignements qu'ils donnent sont des plus brefs. Ulpien (2), rapporte que le préteur après avoir réprimé l'abus des « *libertatis one-*

(1) D., 38, 1, *de operis libertorum.*
(2) Livre 38, *ad Edictum*, frg. 2 et D., 38, 2, 1.

randæ causa » promet de donner le *judicium operarum* contre le *libertus* et la *liberta*. Ailleurs (1), il parle d'une « *operarum actio* » à donner « *in impuberem cum adoleverit... sed interdum et quamdiu impubes est* » et au paragraphe 6 du même passage, il donne cette action aux enfants du patron, par parts égales, quoiqu'ils soient « *ex inequalibus partibus instituti* ». Il faut pour l'obtenir que les *operæ* soient « *praeteritae* » (2) et sa transmissibilité à l'*heres extraneus* requiert cette même condition (3). Celse (4), envisage le cas de la possibilité d'exercice de ce *judicium* pour les « *praeteritae operae ante nuptias* » d'une *liberta* mariée.

Papinien (5) le donne au patron en déconfiture pour les *operæ* « *quæ post (bonorum) venditionem praeterierint* » et Hermogénien (6) à la *patrona* et à sa descendance féminine, en cas d'union légitime contractée par l'affranchie avec le consentement de son ancienne *domina*. Ce sont vraisemblablement les seuls renseignements directs fournis par les sources sur cette énigmatique *actio operarum*.

Sur ces brèves données, les auteurs ont bâti d'assez nombreuses théories. On peut grouper celles-ci sous deux rubriques : dans une première section, nous citerons quelques conjectures proposées pour fixer le caractère du *judicium operarum*, mais ne constituant pas de véritables doctrines. Dans une deuxième section, nous étudierons la systématisation de ces aperçus, telle qu'elle résulte des travaux récents de M. Thélohan d'une part, de ceux de M. Biondi, de l'autre.

---

(1) Livre 28, *ad Sabinum*, frg. 7, 5.
(2) Livre 38, *ad Edictum*, frg. 13, 2.
(3) Livre 64, *ad Edictum*, frg. 29.
(4) Livre 12, des *Digestes*, frg. 30.
(5) Livre 20, *Quaestionum*, frg. 40.
(6) Livre 2, *Juris Epitomarum*, frg. 48.

Section I. — Conjectures proposées par les auteurs.

On peut les diviser en deux groupes : dans l'un, nous ferons rentrer toutes celles émises sans aucune intention de synthèse ; dans l'autre, nous classerons la théorie de M. Segré. Quoique ne constituant pas un véritable ensemble, mais plutôt la juxtaposition d'idées assez diverses, elle forme néanmoins, par l'étude plus approfondie qu'elle fait de l'*actio operarum*, la transition aux systèmes doctrinaux, objet de notre section II.

A. — Premier groupe.

Il comprend deux sous-distinctions : pour les uns, le *judicium operarum* est une action civile ; pour les autres, c'est une action prétorienne.

A. — *Le judicium operarum, action civile.*

1) Theorie de M. Lenel (1). L'action *operarum* est civile pour 2 raisons : 1° de la *stipulatio operarum* ne peut découler qu'une formule d'action *in jus concepta*. Or les textes ne parlent que d'un seul *judicium operarum* englobant et le serment et le contrat *verbis*, les deux procédés produisant des effets identiques (2). 2° l'*acceptilatio*, mode d'extinction des obligations civiles *verbis*, éteint aussi bien l'obligation *ex jurejurando* que celle *ex stipulatu* (3). Dans les deux cas, il faut une formule comportant une rédaction identique, formule *in jus* relative à une action civile. Mais, dira-t-on, l'*actio operarum* est promise par un édit prétorien (4).

---

(1) *Das Edictum* ², § 140, p. 327 (1907) et traduction française sur la première édition, II, p. 62.

(2) D., 38, 1, 8 *pr.* ; D., h. t., 15, 1 ; D., h. t., 37, *pr.*

(3) D., 12, 2, 34, *pr.*

(4) D., 38, 1, 2.

Ce fait ne prouve rien : car l'édit a pu avoir pour but non point de la créer, mais simplement de la laisser subsister. Il continue à accorder l'action *operarum, in futurum*, action civile, ou plutôt ne touche en rien ni à son caractère, ni à ses conditions d'application, mais refuse par contre toute autre sanction pour les *libertatis causa imposita*. Aussi, faut-il expliquer le texte précité d'Ulpien en voyant dans le paragraphe 1er une conséquence des idées qu'exprime le *principium*. Le juriste dit : « *Hoc edictum prætor proponit* » (et non *proposuit* : c'est qu'il a l'édit sous les yeux) « *coarctandæ persecutionis libertatis causa impositorum* ». C'est bien là le but de l'édit signalé par Ulpien d'une manière précise et ce n'est pas un « renseignement historique, de l'exactitude duquel il serait permis de douter ». Suit la mention de l'*actio operarum* : « *prætor pollicetur se judicium...* etc. ».

Quelle sera donc la rédaction de sa formule ? elle sera analogue à la *condictio certæ rei*, et, comme telle, sans *demonstratio* ; l'*intentio* sera ainsi conçue : « *si paret Nm Nm Ao Ao operas X dare oportere, quanti ea res est...* ».

Ce n'est pas une reconstitution arbitraire, car tantôt (1) le *judicium operarum* est comparé à l'action *certæ creditæ pecuniae*, tantôt (2), le serment *in jure* nous est indiqué comme pouvant fonctionner en matière de *judicium operarum* ; or ce serment est placé au titre de l'édit « *si certum petetur* ». Il n'est pas besoin d'insister plus longuement sur l'identification ainsi faite entre l'*obligatio operarum* et l'*obligatio certæ rei*.

La formule devait en plus comporter dans son *intentio* la trilogie « *operas, donum, munus* » (3) et

(1) D, 38, 1, 4.
(2) D, 12, 2, 34.
(3) *Das Edictum*, p. 64, note 5 ; *Trad.* p. 329. C'était d'ailleurs une expression traditionnelle pour désigner uniquement en fait les services de l'affranchi.

revêtir quelquefois la forme fictice nécessaire à l'action utile dont Venuleius (1) signale l'existence. C'est un argument de plus contre une rédaction *in factum* de la formule habituelle.

2) Theorie de Karlowa (2) (1901).

La formule de l'*actio operarum*, action civile, est conçue *in jus*. Rudorff (3) croyait que son *intentio* était *incerta* : « *quidquid oportet* etc. » ; Lenel (4), lui-même critiquait cette idée, ne la trouvant nulle part indiquée par les sources, mais s'abstenait de faire une supposition quelconque relativement à la nature de la formule.

Demelius (5) croit à une analogie certaine du *judicium operarum* avec la *condictio triticaria*, analogie que d'ailleurs relèvent mainte fois les textes. Du reste, quoiqu'il s'agisse d'*operæ prœteritæ* « *quae jam dari non possunt* » (6), on n'en fait pas moins la *petitio* en justice ; or l'*intentio* porte toujours sur *operas dare oportere*. Ce trait vient encore confirmer la supposition de l'existence en matière d'*operæ* d'une action semblable à la *condictio triticaria* : la réclamation portera toujours sur *operas dare oportere*, mais la *solutio* ne pourra s'effectuer qu'en argent. Mais pourquoi l'*operarum obligatio* engendre-t-elle une action semblable à la *condictio triticaria* ? Demelius n'a pu en donner l'explication ; elle était d'autant plus nécessaire que la prestation des *operæ* constitue un *facere*, donc un *incertum*, idée que Rudorff avait judicieusement appliquée en adoptant une formule à *intentio incerta*.

---

(1) D, 40, 12, 44, 2.
(2) *R. R. G.*, II, p. 701.
(3) *Das Edictum* [1].
(4) *De jurisdict. Edictum*, p. 140.
(5) *Schiedseid*, p. 40.
(6) D, 38, 1, 8.

Karlowa se rallie à l'opinion de Demelius, mais cherche l'explication que ce dernier avait omise. Elle ne peut être qu'historique et il propose la conjecture suivante. Alors que le serment, la plus vieille forme créatrice de l'obligation aux *operæ*, faisait naître une action, il n'y avait, en fait de contrat *verbis*, que la *sponsio* ne pouvant porter que sur une *pecunia*. Les stipulations relatives à une *certa res* ou à un *incertum* n'avaient encore aucune existence juridique. Aussi pour les *operæ*, créa-t-on une action sur le modèle de la *certa pecunia credita*. On considérait que l'*opera* dès que *præterita* devient une *pecunia* (1). Il n'y avait plus qu'un pas à faire pour y voir une *res* et dans sa prestation un *dare*. Ce fut le résultat auquel on aboutit finalement. Mais,même après l'apparition de formes nouvelles dans la stipulation et la possibilité de stipuler un *incertum*, on conserva par tradition la vieille *actio operarum* quoique celle du contrat *verbis* put parfaitement la supplanter.

3) Theorie de M. Girard (2). Le *judicium operarum* n'est qu'une variété des actions habituelles produites par le contrat verbal, donc appartient au *jus civile*. Ce fait est confirmé par de nombreux textes (3) ; l'action est produite aussi bien par la stipulation que par le serment : *jusjurandum* et *promissio* font l'un et l'autre naître indifféremment le *judicium operarum*.

Mais ce dernier a une formule particulière. La créance d'*operæ*, donc créance d'un fait, d'un *incertum*, devrait donner lieu à une action *incerta* avec une *intentio* identique à celle de l'action *ex stipulatu* : « *quidquid*

---

(1) D, 38, 1, 4.

(2) *Manuel*[6], p. 504 et p. 504, note 6.

(3) D, 38, 1, 37, parle de *jusjurandum* et de *promissio* ; D, 38, 1, 15, 1 de *promissio* ; mais Celse, cité par Ulpien, mentionne aussi le serment, cité également par D, 38, 1, 8.

paret dare, facere, oportere », ce qui supprime les risques de la *plus petitio*, rend *incerta* la *condemnatio* et donne tous pouvoirs d'appréciation au juge. Bien au contraire (1), l'*actio operarum* semble avoir une *intentio certa*, rapprochée par Demelius de celle de la *condictio triticaria*, et comportant le *si paret operas dare oportere*. Ce caractère original s'explique, car à l'époque de sa création, le contrat verbal ne faisait pas naître d'action *incerta*, susceptible de sanctionner une obligation active d'*operæ*.

4) M. Bertolini (2), voit également dans l'*actio operarum* une action civile ; l'*intentio* aurait dû logiquement être *incerta*. Pourtant elle est *certa* et analogue à celle de la *condictio triticaria*. Notre auteur explique comme Karlowa et M. Girard la nature particulière de ce *judicium operarum*.

5) M. Jobbe Duval (3), à propos du rôle du serment nécessaire en matière d'*actio operarum*, reprend l'idée de Demelius : celle de l'étroite parenté existant entre elle et la *condictio triticaria*. Peut être même ces deux actions n'en forment-elles qu'une, car l'*opera*, journée de travail du *libertus*, n'était rien de plus qu'une marchandise ayant une valeur bien connue et pouvant faire l'objet d'une *datio*. Les textes parlent en effet de « *dare operas* » et pour les juristes classiques, la *stipulatio operarum liberti* équivaut à la stipulation relative « au transfert de la propriété d'une quantité de choses de tel genre et de telle qualité » : d'où analogie théorique entre les deux contrats (4).

Si, après l'*indictio* des *operæ*, l'affranchi ne se rend

---

(1) D, 38, 1, 8 *pr.* ; D, 45, 1, 54, 1 ; D, 38, 1, 4.
(2) *Appunti didattici*, 1905, 1, p. 38.
(3) *Procédure civile des Romains*, 1, p. 144 *sq.* (1896).
(4) D, 45, 1, 54 ; conséquences pratiques : D, 2, 14, 54 ; D, 38, 1, 44.

pas à la convocation patronale, le *manumissor* obtient une action où figure le *dare oportere* : *si paret* N^m N^m A^o A^o *L operas dare oportere, quanti ea res erit....* Ne peut-on pas cependant aller plus loin que l'assimilation du *judicium operarum* à la *condictio triticaria* et notamment l'apparenter à l'action *certæ creditæ pecuniae* ?

Les textes l'indiquent : celui de Pomponius (1) en particulier. Mais surtout les *operæ*, après l'*indictio* ne peuvent plus pour l'affranchi faire l'objet d'une prestation en nature : la dette est transformée *ipso jure* en une dette de somme d'argent (2), différence avec la *condictio triticaria*. Le patron n'a plus qu'à obtenir de son *manumissus* la valeur des journées de travail qu'il n'a pas fournies (3).

Des incertitudes complètes subsistent et pour le procédé d'évaluation des services de l'affranchi, et pour la portée des instructions données par le magistrat au juge ; mais l'existence de rapports étroits entre l'édit « *si certum petetur* » et la *postulatio* du patron en matière d'*operæ* ne peut être mise en doute. Du reste, les textes désignent cette demande du patron par le terme technique de *petitio*, apanage de l'*actio certæ creditæ pecuniæ* et de la *condictio triticaria*.

Avant de passer (4) à l'exposé des conjectures attri-

---

(1) D, 38, 1, 4.

(2) D, 38, 1, 8.

(3) D, 38, 1, 23, 1.

(4) Nous mentionnerons ici la théorie de Leist (v. p. 262 *sq.*) dans ses grandes lignes et pour mémoire.

a) *Opposition à l'« imponere operas » du « petere ou exigere operas »*. Ce dernier est la maniere de faire valoir son droit sur les *operæ impositæ ;* d'où exclusion de l'*actio operarum* en cas de pacte de *non petendo*, conclu entre patron et affranchi et répétition par celui-ci des *operæ* fournies, sauf celles dues *naturaliter* (D, 12, 6, 40, 2). Mais pour que ce *petere* puisse avoir lieu, il faut :

α Que les *operæ cedunt ;* d'où *indictio* pour les *officiales* et *j. j.* ou *stipulatio* pour les *fabriles* (avec *tractus temporis*).

β Que les services soient entrés *in rerum natura* et qu'ils n'aient pas été rendus, alors que le jour fixé pour leur prestation est entièrement écoulé, donc que les *operæ* soient *præteritæ* (D, 45, 1, 73, *pr.* ; D, 38, 1, 3).

buant au *judicium operarum* le caractère prétorien, il convient de dire quelques mots d'une théorie de Pernice. Après avoir affirmé l'origine *ex jure honorario* du *judicium*, il s'est rangé depuis sous la bannière de

---

C'est alors que les *operæ* ne pouvant plus être rendues *natura*, il y a lieu à application du *judicium operarum* pour ces *operæ prœteritæ* (D, 38, 1, 13, 2 ; D. h. t. 8 *pr.*).

b) *Concernant des operæ prœteritæ, l'acti» operarum n'a trait qu'à leur æstimatio.* Conséquences : critique de la théorie de Mülhenbruch ne restreignant pas les *officiales* au patron, mais les faissant passer aux *heredes sui* (p. 264, note 65). Mais ces *operæ*, même *officiales*, ne peuvent-elles pas être converties en une créance d'argent ? Possibilité pour le *libertus*, quand la prestation naturelle des services présente des difficultés de fait, de fournir à leur place l'*æstimatio* (D, 45, 1, 54, 1). Cas du mari, *negotia gerens*, et affranchissant l'esclave dotal (p. 265). Obligation à sa charge de restitution de l'*æstimatio* des services non fournis par l'affranchi (D, 24, 3, 64).

L'*actio operarum* et le patron soumis à la *Bonorum venditio*, p. 266 (D, 38, 1, 40) ; faisant obtenir de l'argent au lieu des services, l'*actio operarum* met cet argent dans la masse sur laquelle concourrent les créanciers.

Différence juridique (p. 266, *in fine*) entre le droit aux *operæ prœteritæ*, tel qu'il résulte de l'*actio operarum* et la promesse de services basée sur leur prestation *natura*. La disposition de la loi Julia *(jus liberorum)* s'applique jusqu'à la condamnation en cas d'*operæ* non fournies, mais cesse d'avoir effet, après elle (D, 38, 1, 37, 6), parce que la novation produite par la sentence substitue à la créance *d'operæ* celle d'une somme d'argent. Le droit à la *pecunia* remplace celui aux *operæ* dont il est le contraire, car la prestation des *operæ* en nature met obstacle à leur *æstimatio*. Le droit aux *operæ prœteritæ* est transformé en une simple obligation d'argent (D, 38, 1, 4) par un procédé d'estimation relaté au D, 38, 1, 26, 1.

c) *L'actio operarum est civile* (simple affirmation) et se distingue de la *criminalis actio ex lege Visellia* (C, 9, 31, 1, 1) qui est partiellement relative à une question d'ingénuité. Dans l'*actio operarum* (D, 22, 3, 18) le patron est toujours demandeur et doit simplement prouver son droit de patronat ; car, en dehors du patronat, aucun droit aux *operæ*.

d) *Transmissibilité de l'action* (p. 268). Le patron a intenté le *judicium operarum* et meurt après la *litis contestatio :* le *judicium*, de ce chef, passera aux *heredes extranei* (D, 38, 1, 4 et 29) mais il faut l'accomplissement de la *litis-contestatio*. S'il n'y a pas eu *litis contestatio*, l'*actio operarum* est transmise aux enfants non exhérédés du patron et, s'ils ont été compris dans la stipulation d'*operæ*, aux enfants même non héritiers (D, 38, 1, 29). Mais les enfants du patron ont droit aussi à l'*actio operarum* du fait de leur état de quasi consanguinité, en vertu d'un droit propre et indépendant de la volonté du père (p. 269) ; acquérant ainsi le patronat, l'action *operarum* leur arrive comme une *actio pecuniæ creditæ* ordinaire.

Conséquences : Pour les *operæ*, on n'applique pas aux enfants du patron les règles de la dévolution héréditaire et de la *B. P. unde legitimi* où le *proximus quisque* est seul appelé (D, 38, 1, 4). Si un affranchi a promis des *operæ* à *Primus* et à *Secundus* et que *Secundus* meure : son fils *Tertius* et le patron *Primus* auront l'*actio operarum : « jus in personam liberti »*.

Conséquences de l'idée que dans l'action *operarum*, le fils du patron se

M. Lenel. Aussi, le résumé de ses idées ne peut il trouver place sous les rubriques mentionnées au début de cette section ; pour l'un des camps, c'est un transfuge et pour l'autre, un converti à la foi peu solide.

Pernice (1) constate que le patron n'a dû avoir, à l'origine, pour réclamer les *operæ* du *libertus* que son seul « *selbsthülfe* » ; il est vrai qu'à cette époque, il était encore un demi-maître. Puis le lien d'obligation entre les deux parties fut muni d'une action prétorienne : « *prætor pollicetur se judicium operarum... daturum* (2) ». L'*actio operarum* ne dérive d'ailleurs d'aucune action civile ordinaire *ex stipulatu* : elle ne conduit pas au *strictum judicium* ; elle ne passe pas aux héritiers des deux espèces ; elle cesse, lorsqu'un autre *officium* réclame les services de l'affranchi ; elle est fondée sur l'*indictio* des *operæ* (3).

---

base sur un droit qui lui est propre : sa qualité d'agnat, intransmissible à l'*heres extraneus*, et non sur sa qualité d'héritier du père : p. 270.

D'où possibilité également pour le *filius patroni* compris dans une *stipulatio operarum* de se baser uniquement sur cette convention : il est créancier en raison d'un contrat verbal. Mais l'*actio operarum* qui en résultera ne concernera que les *præteritæ operæ* englobées dans l'*æstimatio*. Ce sera presque une action de *certa credita pecunia*, qui, après la *litis contestatio*, pourra passer à un *heres extraneus*. Mais pour les *operæ futuræ*, le fils du patron non héritier du père et compris dans la stipulation est un créancier dont le droit est inaccessible à l'*heres extraneus*. C'est un droit de créance relatif aux *operæ futuræ* et ne pouvant consister que dans leur prestation naturelle.

Aussi bien, en réclamant (p. 272), après la mort de son père, les *operæ præteritæ* qu'en indictant les *operæ futuræ*, ou en recevant *in natura* les *operæ indictæ*, le fils du patron agit exclusivement en vertu de cette dernière qualité et dans ces actes on ne peut voir l'indice d'une intention de *pro herede gestio* (D, 29, 2, 20, 2). Cas du fils institué par le patron, chargé d'un fidéicommis universel au profit d'un *extraneus* et restituant l'hérédité *ex S. C. Trebelliano*, p. 272, β. β. (D, 36, 1, 55, *pr.* « *operarum actio quæ transferri non potuit apud heredem manebit* ».)

Leist admet donc sans difficulté le caractère civil de l'action *operarum*, sans d'ailleurs en donner la moindre explication. Il s'attache surtout aux conséquences de l'*æstimatio* des *operæ* qui, d'après lui, rend l'action semblable à une action *certæ pecuniæ* ordinaire.

(1) *S. B.*, 1886, 2, p. 1177 et p. 1177, note 3, p. 1178.

(2) D, 38, 1, 2, 1.

(3) D, 38, 1, 22 *pr.* et 1 ; D, h. t., 31 ; D, h. t., 48 ; D, h. t., 13, 2.

Toutes ces circonstances la rendent appropriée à la procédure de la *cognitio*. Mais le préteur ne peut pas, sans autorisation expresse, intervenir dans les rapports du patron et de l'affranchi et délivrer au premier la formule d'action. Il faut qu'il y ait eu, pour lier la procédure, un acte : une promesse de l'affranchi par serment ou stipulation, peu importe (1). Lorsque, se basant sur cette convention, le patron agit en justice, l'obligation est encore mieux établie et il est même dans ce cas permis à une caution de s'engager pour les services dûs par l'affranchi (2). Il y a lieu à l'application du *jud. operarum*.

Cependant, Lenel affirme que l'action est civile : l'édit l'aurait laissée subsister tout en limitant par ailleurs les droits du patronat. C'est une interprétation fort originale de D, 38, 1, 2 qui, en effet, tend bien « *ad coortandam persecutionem libertatis causa impositorum* », mais surtout met en relief le rôle du préteur : « *Hoc edictum prætor proponit* (3) ». Comment traduire le paragraphe premier de ce même texte : « *Initio (edicti) prætor pollicetur se judicium operarum daturum* » par « le préteur laisse subsister l'action ? » Du reste, si l'action était véritablement civile, le préteur n'aurait pas eu à en parler et elle ne devrait pas figurer dans l'édit. Or, il la promet expressément : « *pollicetur se judicium operarum daturum* ».

Un autre argument est fourni par Marcellus (4). Il remarque : « *Patri qui filium emancipavit de his quæ libertatis causa imposita fuerint prætor nihil edicit et ideo frustra pater operas stipulabitur de filio* ». Cela

(1) D, 38, 1, 15, 1 ; D, h. t., 37, *pr.*

(2) D, 38, 1, 8, 1.

(3) Sur la manière dont Ulpien fait précéder ses études des dispositions de l'édit et des formules d'actions, cf. Pernice, *Ulpian als Schrifsteller*, *S. B.*, 1885, 1, p. 448 et note 6 ; p. 449, pour D, 38, 2, 1 *pr.* et le caractère conventionnel de l'explication dite *historique* de ce texte.

(4) D, 37, 12, 4.

veut dire : pour l'émancipation, l'*impositio* analogue à l'*impositio operarum libertatis causa* était fréquente, mais elle ne pouvait être déduite en justice, même si elle avait été promise *stipulatu*. C'est donc un cas où un acte civilement valable, la stipulation, ne peut être pour son exécution poursuivi en justice, sans édit prétorien. Si le préteur n'a rien édicté dans le cas prévu par Marcellus, c'est que l'émancipé n'est point, par l'*officium*, forcé à la prestation d'*operæ* (1). Au contraire l'*officium* (2) agit sur l'affranchi pour le contraindre à rendre les services prévus. En tous cas, le texte montre qu'une stipulation d'*operæ*, pour l'émancipé, ne peut être déduite en justice, quoique civilement valable. C'est une preuve indirecte que le *judicium operarum* est bien de la compétence du préteur.

Lenel fait également grand cas de l'argument tiré de l'*acceptilatio* qui, quoique réservée aux contrats *verbis*, éteint la *jurata operarum obligatio*. Mais Ulpien dit (3) cependant : « *tolli verius est* ». Ce n'est pas une affirmation, mais l'indice ou de controverses ou d'une opinion personnelle. Peut-être même cette *acceptilatio* a-t-elle passé de la stipulation au *jj.*, parce qu'elle renferme, selon l'hypothèse d'Ermann (4), un « *gratiam facere jjdi* ». Du reste, si l'*acceptilatio* commune au serment et au contrat *verbis* impliquait une étroite communauté entre ces deux formes, pourquoi Gaius (5) nous dit-il qu'il y a entre elles une différence en cas d'extinction de la créance d'*operæ* par *capitis deminutio* ?

---

(1) D, 37, 15, 10.
(2) Leist, 5, p. 215.
(3) D, 46, 4, 13, *pr.*
(4) Bertolini, *Appunti*, p. 41.
(5) 3, 83. Gaius dit *in terminis* que la créance d'*operæ per jj.* est éteinte par *C. D.* Comme il pose en principe général que la *C. D.* n'éteint que les droits qu'il mentionne expressément et comme il ne cite pas la *stipulatio operarum*, on en conclut qu'elle échappe aux effets de la *C. D.*

L'exégèse de Lenel n'en est d'ailleurs pas pour cela réfutée. Car il s'attache à D, 38, 2, 1, 1 : « *At quidem primus prætor Rutilius edixit se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem* ». Si l'on prend Ulpien au mot, Rutilius refusait dans l'édit de donner une action d'une manière générale « *se non amplius datarum quam...* ». Il pouvait le faire à bon droit, s'il s'agissait d'une action civile ; le *judicium*, d'après Lenel aurait ce caractère et subsisterait comme ultime vestige d'une action antérieure et de portée générale.

Mais qui nous force ici à prendre Ulpien à la lettre ? Y a-t-il une preuve directe dans le texte invoqué que Rutilius ait voulu laisser subsister une *actio operarum* existant avant lui, alors qu'on déduit ce résultat, du fait que l'édit n'accorde plus, pour sanctionner les droits du patronat, que les actions *operarum* et *societatis* ?.

L'existence antérieure d'un *judicium operarum* n'est qu'une conjecture historique ; rien ne prouve du reste que cette action même antérieure à Rutilius n'ait pas figuré dans la *pars translaticia* d'un édit d'un de ses prédécesseurs dont nous n'aurions plus de trace ; conjecture s'opposant à une conjecture, caractère prétorien tout aussi admissible que le caractère civil.

Mais Pernice (1), postérieurement a changé d'avis : l'acte religieux, le *jj*, excluant en cette qualité la valabilité civile a pu subsister comme tel tant qu'il y a eu des rapports d'étroite subordination entre le patron et le *libertus*. Mais plus tard, il fallut une action. « Vraisemblablement elle appartenait à des règles coutumières (*Gewonheitsrechte*) et était civile » ; elle n'a pas été introduite par l'édit, mais confirmée par lui. C'est une rétractation en forme et cependant notre auteur

(1) *Labeo*, 3/1, p. 83 sq., note 2.

insinue qu'il n'est pas sans hésitation ; car il n'y a aucun exemple analogue du passage d'une obligation religieuse à une obligation civile. Il y a également la phrase de D, 38, 1, 2. « *Prætor pollicetur se judicium operarum daturum* » qu'on ne doit pas systématiquement écarter. Mais la *civilis intentio certa* de ce *judicium* parle fortement contre son introduction par le préteur. La *sponsio* (1) des *operæ* portant d'une manière plus précise que *operas, donum, munus, dari,* sur *V ou L operæ,* fait naître une action dont l'*intentio certa* a trait à *operas dari oportere.* La formule comporte aussi une *demonstratio* exprimant la nécessité de l'*indictio* patronale. Cette *actio operarum,* malgré son caractère étrange au premier abord, était nécessaire, car à l'époque où on usait de la promesse d'*operæ,* la *condictio incerti* était d'usage peu courant.

Néanmoins, Pernice (2) s'élève contre Demelius acceptant une formule analogue à la *condictio triticaria* : donc sans *demonstratio.* C'est, dit-il, impossible, car le *libertus* n'a pas seulement à fournir tant de jours de travail, il doit les fournir seulement sur l'*indictio* du patron, car, avant elle, les *operæ* ne sont pas échues. Cela, la formule doit l'exprimer. Du reste on ne demande pas en justice le paiement de toutes les *operæ,* mais seulement de celles que l'affranchi n'a pas fournies,

---

(1) *Labeo,* 3, p. 85. Pernice fait une remarque relative aux *operæ* en général que nous signalons en passant : le serment et l'action qui en naît ne sont là que pour fortifier une obligation morale préexistante : celle de l'*officium* dont dérive la nécessité de l'*indictio.*

Cette situation est remarquable en matière d'obligation aux *operae* comme en matière d'obligations isolées naissant d'une situation de dépendance générale ou de l'existence d'un lien collectif (obligations aux impôts et aux aliments naissant dans le premier cas de la collectivité, dans le second de la parenté), car dans tous ces cas, l'action naît avec l'obligation, contrairement à celle qui résulte d'une promesse ordinaire.

(2) P. 85, note 4.

Sans doute, répond Lenel (1), les *operæ* doivent être fournies après *indictio* ; mais c'est seulement après elle que « *stipulatio committitur* » (2) ; donc auparavant, il n'y a pas encore de *dare oportere*. C'est une réponse analogue que l'on fera à la deuxième objection de Pernice : on ne réclame en justice que les *operæ* non fournies par l'affranchi. C'est un truisme, car pour les *operæ* fournies, il n'y a plus de *dare oportere*. Les dernières hésitations de notre auteur sembleraient devoir tomber en face de la réfutation de ses critiques et la thèse de M. Lenel devoir être universellement admise.

B. — *Le judicium operarum, action prétorienne.*

M. Cuq (3), voit dans l'*actio operarum* une action prétorienne, du moins pour celle qui sanctionne le *jj*, car en matière de stipulation il semble difficile de se prononcer. Cependant Ulpien (4) ne fait aucune différence entre ces modes de création de l'obligation aux *operæ* : « *Prætor pollicetur se judicium operarum daturum* ». Toutefois l'obligation qui nait du contrat *verbis* sera civile. Comment expliquer, si l'on admet l'extension complète du caractère prétorien, que la sanction de cette obligation appartienne au *jus honorarium* ? M. Cuq ne s'arrête pas à l'objection et renvoie aux exemples cités par M. Biondi.

L'action aura une *intentio* analogue à celle de la *condictio certæ pecuniæ* (5), ce qui ne saurait étonner si l'on se souvient que les *operæ* sont des journées de travail (6). Il est curieux de remarquer qu'en Chaldée

(1) *Das Edictum* ², p. 329, note 2, et *Edit*, p. 64, note 3.
(2) D., 38, 1, 22, *pr.*
(3) *Manuel*, p. 421 (1917).
(4) D., 38, 1, 2, 1.
(5) D., 38, 1, 4 ; D., h. t., 6.
(6) D., 38, 1, 1 ; D., h. t., 39, *pr.*

aussi, c'était le « *diurnum officium* » dont parle Paul à Rome qui servait à calculer d'après un tarif uniforme l'*æstimatio* des *operæ* de l'esclave ou du fils donné en gage. De même à Rome, si *Stichus, Marci libertus,* lui promet *X operas* et si, après *indictio,* il ne les fournit pas, *Marcus* réclamera après leur jour d'échéance, leur valeur, égale au salaire de dix journées. Ce gain quotidien étant déterminé, le préteur insérait dans la formule « la somme correspondant au nombre de journées promises » et non effectuées.

Ulpien signale également deux considérations tendant à nous faire pencher vers l'opinion de la quasi identité de l'*actio operarum* et de l'*actio certæ pecuniæ* : l'usage de déférer le serment *in jure* (1), « *de operis* » et l'emploi (2) de la *condictio indebiti* quand les *operæ* fournies n'étaient pas dûes. Enfin Pomponius et Ulpien lui-même attestent l'extension du *judicium* au cas de stipulation (3).

Qu'est devenue cette action dans la suite ? Elle a continué à subsister, mais en se référant uniquement au contrat *verbis,* car le *jj.* est une institution morte, sous Justinien, qui l'a laissée subsister comme nom dans les textes du Digeste, mais n'a pas cru devoir la mentionner dans les *Institutes.* Relevons une singularité : l'*actio operarum* a trait à une obligation de faire, alors que les textes lui attribuent comme objet

---

(1) D., 12, 2, 34, *pr.*

(2) D., 12, 2, 26, 12.

(3) D., 38, 1, 8, *pr.*; D., h. t., 15, 1. M. Cuq signale également la transmissibilité de l'action *operarum* aux enfants du patron, mais non aux *heredes extranei* pour les services non encore dûs à la mort du patron. Mais pour les services exigibles, la valeur pécuniaire qu'ils représentent peut être déduite en justice par l'*actio operarum* même par les héritiers externes (D., 38, 1, 13, 2 ; D., h. t., 4).

L'auteur relève aussi la distinction des *fabriles* et *officiales* substituée par les compilateurs à celles des *futurae* et des *praeteritae* et la maladroite interpolation de D., 38, 1, 9, 1.

une *datio* (1). C'est que le *judicium operarum* date d'une époque où les stipulations relatives à un fait ou à une abstention n'avaient pas de sanction légale. « On traita alors les *operæ* comme une marchandise suceptible d'être transférée en propriété au patron ».

B. — 2e groupe.

L'opinion (2) soutenue par M. Segré est plus développée que les conjectures que nous venons d'examiner, plus éclectique aussi, car elle admet à la fois le caractère prétorien originaire du *judicium operarum*, pour y voir dans la période postérieure une action civile.

C'est toujours D, 38, 1, 2. qui est le texte fondamental en la matière. Le préteur rend un édit pour limiter la « *persecutio* » des *libertatis causa imposita*, par *(igitur)* une clause initiale *(initio)* promettant de donner le *judicium operarum* contre tout *libertus* et toute *liberta*. Lenel croit à l'existence d'une action civile avec formule semblable à celle de la *condictio certæ rei* et naissant aussi bien de la stipulation que du serment, car les sources parlent d'un seul *judicium operarum* ; elles considèrent (et de la stipulation

---

(1) Cuq, *dans Daremberg*, v° *jj.* et *Inst. juridiques*, 1, p. 216 et note 7 ; 2, p. 373 et note 1 ; D., 38, 1, 24 ; D., h. t., 15, 1. L'affranchi après l'*indictio* des *operae*, n'obéissant pas à l'invitation du patron, sera judiciairement contraint à lui payer leur *aestimatio* et ne peut plus être admis, une fois les *operae* entrées *in rerum natura*, c'est-à-dire échues, à se libérer en nature (D., 38, 1, 22, *pr.* ; D., h. t., 8) Mais le *libertus* ne sera pas condamné en cas d'excuse valable de sa part (D., 38, 1, 15, *pr.* ; D., h. t., 17 ; D., h. t., 23, 1).

(2) *Sulle formole relative alla Negotiorum gestio et sull Editto il judicium de operis libertorum (Studi Senesi in onore di Luigi Moriani*, 2, p. 313 sq.) (1906).

Voir : p. 308 à 312, les idées de M. Segré sur le caractère de l'édit, œuvre du préteur urbain et la réfutation de la thèse qui y voit l'œuvre du préteur pérégrin.

Nous signalerons seulement les grandes lignes de la théorie, nous bornant à indiquer par leur pagination les points particulièrement développés.

ne peut résulter qu'une *civilis actio*) que les deux procédés ont les mêmes effets, ce que semble prouver l'usage de l'*acceptilatio* dans l'un et l'autre cas. Enfin l'édit n'aurait pas, malgré les apparences, créé l'action, mais se serait borné à la laisser subsister.

Pourtant Ulpien dit formellement que l'édit (1), promet le *judicium* dans sa clause initiale. D'autre part Rutilius « *honoris quem patronis liberti habere debent moderandi gratia* », œuvre uniquement prétorienne, donne seulement les actions *operarum* et *societatis*. Or cette dernière semble être, nous le verrons, en dehors du *jus civile* et pourtant le texte l'accole à l'*actio operarum* et les rapporte toutes deux à l'activité de Rutilius. Il faudrait donc admettre l'existence de deux actions *operarum* : l'une au titre de *bonis libertorum*, l'autre, au titre de *operis libertorum*. Or les sources ne parlent que d'un unique *judicium*. Il est permis de se demander si, en cas de serment, ne fut pas donnée à l'origine une action prétorienne, à laquelle se serait substituée plus tard une action civile telle qu'il en naissait de la stipulation. D'autre part, l'*acceptilatio* n'aurait-elle pas été uniquement relative à l'obligation naissant du contrat *verbis* sans pouvoir s'appliquer à celle *ex jurejurando* ?

Que dit donc D, 38, 2, 1, 2, (2), dont le sens permettra de découvrir le but de l'édit *de operis libertorum* ? Il veut réfréner les prétentions immodérées des patrons, naissant de la concession par eux faite à leurs *manumissi* du « *grande beneficium* » de la liberté et de la cité : aussi ne maintient-il par exception que les actions *operarum* et *societatis*. Voir dans le « *se amplius non daturum* » l'indice d'une *denegatio* d'autres actions, civiles ainsi que c'est l'usage,

(1) D., 38, 1, 2 et D., h. t., 38, 2, 1.
(2) P. 315 sq.

c'est consacrer implicitement le caractère civil des deux actions subsistantes. Mais des textes nous montrent néanmoins l'expression « *non denegare* » (1), employée en matière d'actions prétoriennes. Du reste, Ulpien se servant de l'expression technique de «*dare* » pour les actions *societatis* et *operarum*, nous invite à les considérer comme appartenant au *jus honorarium*.

Reste spécialement l'*actio societatis* promise par Rutilius. Elle semble ne pas dépendre en l'espèce d'un vrai contrat civil de société, mais d'un simple pacte (2). Ulpien (3) la qualifie d'*imago societatis*, ce qui est étrange pour un véritable contrat de société, non pour un pacte d'attribution de la moitié d'un patrimoine, comme ce sera le cas plus tard dans la *B. P.* L'action est donc prétorienne ; son nom particulier « *actio societatis* » l'indique : le droit civil ne connait que l'action *pro socio*. Nous basant sur le voisinage de *l'actio operarum* avec l'*actio societatis* et sur l'expression relevée de leur *datio* (4), nous pouvons donc essayer d'attribuer au *judicium operarum* une nature prétorienne.

Cette hypothèse va être confirmée par l'édit *de operis libertorum*. Ulpien (5), quoiqu'il en parle comme d'un édit qu'il a sous les yeux, ne nous dit pas clairement quel est son but. On a admis souvent, Lenel l'a fait pour les besoins de sa cause, qu'il n'aurait fait que déclarer : toutes les actions sanctionnant les *libertatis*

---

(1) P. 315 in fine et note 1 ; p. 316 : scission postérieure : l'édit au début unique se divise en édit *de operis liberti* et en édit *de B. P. patroni* (remplaçant l'ancienne *actio societatis*).

(2) Arg. *t* : *videlicet si hoc pepigisset* (Voir Pernice, *Labeo*, 3, p. 75 sq., en matière de *dotis dictio*). Le caractère civil de cette société est encore infirmé par Ulpien (D., 38, 2, 1, 2) croyant qu'il n'est pas nécessaire pour le *libertus* d'opposer dans cette *imago societatis* l'exception *onerandae libertatis causa* (D., 44, 5, 1, 7).

(3) D., 38, 2, 1, 2.

(4) Argument un peu spécieux, p. 317.

(5) D., 38, 1, 2.

causa imposita sont supprimées (1), sauf l'action *operarum*. Mais ne peut on pas plutôt croire qu'il a créé le *judicium*, tout en mentionnant par une clause restrictive générale, son intention d'agir contre l'*onerare libertatem* ? C'est ce que confirme indirectement Marcellus (2) commentant l'édit *si a parente* et faisant allusion à notre édit *de operis libertorum* : « *Patri qui filium emancipavit, de his quæ libertatis causa imposita fuerint prætor nihil edicit et ideo frustra pater operas stipulabitur de filio* ». C'est dire : la stipulation d' *operæ* lors de l'émancipation est nulle, car il n'y a ici aucun édit *de libertatis causa impositis* permettant d'agir comme dans le cas du *libertus* où il donne l'action *operarum*. Tryphoninus (3), va encore renforcer l'opposition : « *nullum jus libertatis causa impositorum habet in mancipato filio, quia nihil imponi liberis solet, nec quisquam dixit jurejurando obligari filium patri manumissori, ut libertum patrono : nam pietatem liberi parentibus, non operas debent* » (4). Ces deux textes fournissent une confirmation indirecte de l'activité prétorienne en matière d'*operæ* et sont la

---

(1) D'où sa relation avec D., 38, 2, 1.

(2) D., 37, 12, 4 ; Lenel, *Edit*, 2, p. 180.

(3) D., 37, 1, 10 ; Segré, p. 323.

(4) Sur le but de l'édit *de operis libertorum* et l'*onerare libertatem*, pp. 318-322. La première interprétation, celle de Lenel, semble fausse à M. Segrè qui objecte que dans certains cas, les *libertatis causa imposita* étaient sanctionnés par d'autres moyens que l'*actio operarum*, ce qui serait contraire à notre édit (ex : promesse par le *libertus* de sommes qu'il avait promises *libertatis causa*, étant esclave) ; sur l'*actio societatis* et son caractère peu conciliable avec la prohibition de *libertatem onerare* et le remplacement de la *societas* par la *B. P. dimidiæ partis* : d'où disparition de l'*actio societatis*, p. 319 ; sur la thèse de Karlowa, prétendant que la *societas* était valable *jure civili* quand elle était constituée en vue d'un éventuel *ruptum obsequium* et son caractère inconciliable avec sa nature de société léonine, nulle de plein droit (p. 320), D., 17, 2, 29, 2, idée soutenue par Labéon (p 321) ; sur la doctrine d'Ulpien, nouvelle conception de l'*onerare libertatem* embrassant la *societas*, p. 321. Limitations aux pouvoirs du patron et le principe *libertatis causa imposita premere atque onerare libertinas personas non debent*, p. 322.

preuve que l'édit *de operis* ne devait pas avoir pour but principal d'atténuer la portée des engagements contractés par l'affranchi, mais surtout de créer l'*actio operarum* qui a primé toute autre sanction en matière de *libertatis causa imposita* (1).

Toutefois, depuis les recherches de Démélius (2), il semble impossible de ne pas voir en matière de stipulation d'*operæ* une action civile avec formule *in jus*, analogue à la *condictio certæ rei* (3). Mais la sanction du *jusjurandum*, nous ne la connaissons pas.

Pourtant Ulpien atteste l'existence positive d'une clause de l'édit relative à la concession d'un *judicium* et il n'en parle pas comme d'une simple conjecture historique, mais comme d'une disposition qu'il aurait sous les yeux. « *Prætor pollicetur se judicium...daturum* ». Cette expression *judicium dare* est un terme courant dans le langage de l'édit, où l'on rencontre son antithèse « *actionem* ou *judicium non dare* » (quand

---

(1) Lenel (*das Edictum*², p. 328, note 5) combat cette thèse et soutient qu'il est impossible de ne pas voir dans le paragraphe 1, du frg. 2, D, 38, 1, la conséquence du principe posé au *pr.* du dit texte. Rutilius avait déjà (D, 38, 2, 1) dit qu'il ne donnerait que l'action *societatis et operarum*. Son successeur déclare dans notre texte qu'il donnera plus largement ou plutôt continuera à donner l'*actio operarum*, mais qu'en général il refusera toute autre action. C'est ce que montre la liaison entre le paragraphe 1 et le *principium* par le terme « *igitur* ». Lenel admet, ce que Segré ne nie pas, que l'*actio operarum ex stipulatu* était toujours civile et que le préteur en en concédant l'exercice, *in futurum*, n'en avait pas changé le caractère. Il faudrait donc démontrer que le frg. 2, paragraphe 1 est interpolé, ce qu'admet Segré, du moins pour « *igitur* », ou bien que l'action *ex stipulatu* qu'il implique est plus récente que l'édit, ce que Lenel considère comme indémontrable. De même pour le frg. 4, D, 37, 12, qui, malgré l'interprétation de Segré sur le *et ideo* de ce texte, montre néanmoins que l'édit *de operis* se rapportait aussi à l'action de la *stipulatio operarum*.

On a ainsi, seulement, le choix ou de déclarer aussi cette action prétorienne ou d'écarter de la discussion les frgs 2, paragraphe 1 et 4 cités.

Quant au but de l'édit *de operis*, Segré (p. 323) combat l'idée que la clause restrictive qu'il comporte, au lieu d'être, dans sa généralité, relative aux *libertatis onerandæ causa*, serait uniquement destinée à exclure la *societas libertatis causa* (D, 38, 1, 36).

(2) Segré, p. 324.

(3) Thèses contraires de Faber et Burchardi, p. 324, note 1.

le magistrat refuse la délivrance des formules d'actions civiles). L'édit devait donc comporter « *Judicium dabo* » pour l'*actio operarum* et si on admet la préexistence d'autres actions, « *actiones non dabo* » pour celles que le préteur refuse. Mais c'est seulement pour les actions (1) « *quæ a prætore dantur* » qu'était possible la promesse d'un *judicium*, simple permission d'agir selon des conditions déterminées dont le juge aura à constater la réalité et on ne peut nier qu'Ulpien nous atteste l'existence d'une action prétorienne. Car si le préteur pouvait refuser (2) la formule d'une action civile, il n'était pas dans ses pouvoirs de l'accorder (3).

Reste il est vrai le « *igitur* » du texte : « *Initio igitur prætor pollicetur* », qui permettant de voir dans l'édit une conséquence du *pr.* du frg 2. donnerait raison à Lenel : cette phrase serait la clause restrictive annoncée par le *pr.* et le *judicium operarum* devrait être uniquement attribué au besoin de réprimer les exactions patronales en ne leur permettant l'exercice que d'une seule action, unique reste d'une protection antérieure beaucoup plus efficace. Mais M. Segré admet l'interpolation de ce « *igitur* » par les compilateurs de Justinien (4).

Dès lors, on peut formuler la conjecture suivante : De la stipulation d'*operæ* ne peut naitre qu'une action civile. Mais nous ne savons rien de l'action *ex jurejurando*. Cependant on trouve dans l'édit *de operis libertorum* un *judicium operarum*, marque de l'activité prétorienne. C'est la sanction du *jj. liberti*.

---

(1) Gaius, 4, 112.

(2) D, 11, 5, 1 *pr.*, 1 et 3.

(3) Sur les expressions *judicium polliceri, actionem introducere, constituere*, p. 325, note 1 ; sur l'*actionem dabo*, l'hypothèse d'une substitution par les compilateurs de *judicium* à *actio*, p. 325 *sq.* ; sur l'impossibilité d'y voir une modification prétorienne d'une action civile, p. 326 ; sur Ulpien, D, 50, 17, 102, 1 : *ejus est actionem denegare qui possit actionem dare*, p. 326.

(4) p. 329, exemples d'interpolations dans les textes d'Ulpien, note 1 ; p. 328, note 2.

On objectera que c'est créer deux actions distinctes, alors que tous les textes parlent d'un seul *judicium* et d'autre part, on ne saurait attribuer à la stipulation une sanction prétorienne, mais une action civile *in jus concepta*. Mais on peut concilier ces données en voyant dans le *jj.* le mode primitif d'obligation aux *operæ* (1), sapnctionné *jure prætorio* par le *judicium operarum*, tant que la *sponsio* du contrat *verbis* ne pût avoir trait à un *incertum* et même pas encore à une *certa res* (2). Quand le domaine de la stipulation s'élargit, l'*actio operarum* primitive a perdu la plus grande partie de son utilité : sanctionner un *facere* que les sources, il est vrai, assimilent à un *dare*. Alors elle s'efface et fait place à la *civilis actio* naissant de la stipulation, qui lui emprunte jusqu'à son nom et devient l'unique *actio operarum* dont parlent les textes. L'édit cité par Ulpien a encore trait à une action prétorienne. Mais les juristes vont bientôt parler indifféremment de « *jurare* » ou de « *promittere* », impliquant l'existence dans les deux cas d'une sanction commune : l'action civile (3).

Comment expliquer toutefois D, 46, 3, 13, *pr.* : « *Et per jj liberti impositam operarum obligationem per acceptilationem tolli verius est* » ? (4). Car du *jj.* ne peut naitre comme de la stipulation une *obligatio verbis contracta* (5). Or, nous savons que l'*acceptilatio*, en vertu du principe bien connu du parallèlisme entre les modes de création et les procédés d'extinction des obligations (6), ne peut éteindre qu'une obligation *ver-*

(1) p. 337, note 1.
(2) p. 338.
(3) Textes, p. 332, note 1.
(4) pp. 332 *sq.*
(5) p. 333.
(6) Exemples tirés de la *cessio in jure*, de la *confarreatio*, de la *revocation* des legs et de la *solutio per æs et libram* pour les obligations nées du *nexum*.

bis et est un « *civiliter resolvere* » (1). Cette considération a conduit Lenel a reconnaître à l'*actio operarum* un caractère civil. Malgré tout, il faut bien constater que si, postérieurement, l'action *ex jurejurando* a été remplacée par celle de la stipulation, l'obligation, elle, n'en a pas pour cela changé de nature et restant prétorienne, devait être réfractaire à l'emploi de l'*acceptilatio*. M. Segré pense avec M. Ferrini (2) qu'Ulpien dans le texte cité intercalait une négation refusant l'usage de l'*acceptilatio* pour l'obligation *ex jurejurando*. Puis les compilateurs auraient substitué à cette idée si nette le « *verius est* », indice d'hésitations, peut-être dans l'espoir de se conformer plus étroitement au caractère primitivement négatif de la proposition d'Ulpien. Ecartons donc le texte du débat, du moins quant au *jusjurandum* primitif, ayant sa sanction *ex jure honorario*.

Pourtant Gaius range parmi les contrats *verbis*, le *jj liberti* et la *dotis dictio*. N'en concluons pas cependant à la possibilité d'application de l'*acceptilatio*, car pour la *dotis dictio*, on n'a pas encore pu découvrir de texte la prévoyant ; pour le *jj. liberti*, Gaius, lui-même, semble bien le différencier du contrat verbal : il ne comporte en effet qu'un « *unus loquens* ». De cette déclaration de volonté unique, naît l'obligation : « *Item uno loquente et, sine interrogatione, alii promittente, contrahitur obligatio* ». Gaius nous confirme par ailleurs que les *liberti* « *non tam verborum solemnitate quam jurisjurandi religione tenentur* », ce qui exclut manifeste-

---

(1) D, 46, 3, 107.

(2) *Pandette*, n° 510, p. 645, note 1. M. Ferrini croit que c'est depuis Justinien seulement que l'*acceptilatio* peut éteindre l'*obligatio operarum per jusjurandum*.

Lenel (*Ed.* ², p. 328, note 3) objecte que si du *jj.* ne naît qu'une action protégée *solo jure prætorio*, les textes n'auraient pas à parler même négativement ou dubitativement de l'*acceptilatio* qui n'est admise que sous Justinien pour les obligations prétoriennes.

ment le caractère d'obligation *verbis* en matière de serment de l'affranchi (1).

Il est donc permis de se demander si l'*acceptilatio* peut s'appliquer au *jj*, alors qu'elle n'est relative qu'aux contrats *verbis*. Ceux-ci comportant interrogation et réponse, le principe de symétrie oblige à les répéter pour l'extinction de l'obligation, comme elles ont été prononcées pour sa naissance. Mais adopter cette manière de voir, n'est-ce pas infirmer le caractère civil absolu de l'obligation *operarum* ?

Qu'on n'objecte pas (2) la loi 1, Code, 9, 3 : « *tam de operis civiliter quam etiam lege Visellia criminaliter poterit perurgi* », car le texte du Code, d'une époque où le *jj*. n'a plus d'application, ne fait qu'une opposition facile entre « *civiliter* » et « *criminaliter* », laquelle ne préjuge en rien le fond du débat.

De même, l'expression « *jurisjurandi obligatio* » ne peut permettre d'induire le caractère purement civil de cette obligation ; car c'est aussi un terme employé pour désigner le devoir résultant des *fideicommis* qui, cependant, ne sont pas sanctionnés « *jure civili* ».

Il y a d'ailleurs assez de vraisemblances (3) pour attribuer au *jj*. *operarum* une tutelle de nature prétorienne.

Pernice l'a déjà remarqué : il n'y a aucun exemple analogue du passage d'une obligation religieuse telle que celle qui découlait du *jj*. primitif à une obliga-

---

(1) Gaius, *Epitome*, 2, 9, 3 ; *Inst.* 3, 96.

(2) P. 336, note 1 ; voir p. 336, pour la doctrine faisant dériver la *sponsio* du serment et la théorie de l'exclusion de la protection prétorienne pour le *jj*. en vertu de la haute antiquité de cette institution.

(3) Sur l'ancienneté du *jj*. réservé à l'obligation du *libertus* envers le patron, sur la formule de l'*actio operarum* postérieure à celle du *jj*., sur son analogie avec la *condictio triticaria* et l'*intentio* « *operas dari oportere* », p. 337.

Voir p. 337 (note 1) l'impossibilité de s'appuyer sur l'extinction de la créance d'*operæ per jj*., par la *C. D. minima*, pour en déduire son caractère civil, car elle éteint aussi l'usufruit constitué *jure prætorio*.

tion civile. Il a fallu un stade intermédiaire, la protection prétorienne, renforçant le *naturâ debere*, apanage de la toute première obligation aux *operæ*. Au contraire, nous avons un exemple de passage d'une obligation non sanctionnée à une obligation pourvue d'action *jure prætorio* (1) dans l'édit *de negotiis gestis* et dans la formule *in factum*, créée par lui.

Venuleius (2) nous rapporte, d'autre part, qu'on a hésité, et ce, dans la période antérieure au règne d'Antonin le Pieux, pour décider si l'obligation naissait du serment de l'esclave ou de celui répété par le *libertus*. Il est à présumer que le préteur, se fondant sur le premier serment, intervenait auparavant pour le faire renouveler par l'affranchi, menaçant de ne pas prononcer l'*addictio* ou de la considérer comme non avenue. Un doute semblable à celui qu'émet Venuleius (3) aurait pu difficilement naître si l'obligation *ex jj.* du *manumissus* était fondée sur le *jus civile* ; une pareille hésitation au contraire pouvait très bien résulter de l'imprécision des formules de l'édit (4).

Enfin, remarquons que l'obligation *ex jj.* est entourée pour sa naissance de nombreuses conditions (5). Il faut que le serment soit prêté *post manumissionem*, que le *libertus* jure « *se operas donum, munus, præstaturum* » et qu'il observe une formule déterminée de serment (6). Toutes ces formalités ne sont pas imposées parce que la *jurata promissio* est une obligation *verbis*,

---

(1) p. 291 *sq.*

(2) D, 40, 12, 44.

(3) p. 339, note 1.

(4) Sur l'idée que l'*obligatio d'operæ* pourrait être une obligation *ex delicto* (D, 44, 7, 14), ce qui expliquerait son fondement *jure civili* (p. 339-340). Elle serait contractée par l'esclave avant l'affranchissement et dans le cas d'un manquement ultérieur au serment prêté.

(5) D, 38, 1, 7, *pr.* et 3.

(6) p. 340, note 1 ; pour la présence du patron, note 2 et D, 42, 2, 6, 3, que M. Segrè considère comme étranger au serment nécessaire *de operis* à cause de la présence du verbe *obligatur*.

mais en raison de l'exceptionnelle efficacité du serment promissoire qui lui donne ici une nature particulière. Car ce sont là, remarquons-le, autant de différences avec la *stipulatio operarum* ; celle-ci engendre une obligation, que les *operæ* soient promises par un affranchi ou par un ingénu, *libertatis causa* ou non, au patron comme tel, en récompense de la liberté obtenue et en vertu des droits généraux du patronat, ou au patron considéré comme un tiers ordinaire (1).

De tout ce débat ressort une conclusion : le *jj. liberti* a eu un caractère différent de celui de la stipulation et originairement a été sanctionné par une action prétorienne.

Si on se souvient qu'*operæ, dona, munus* sont les attributions classiques du patronat (2), matière où s'est particulièrement manifestée l'activité prétorienne, on n'en sera nullement étonné. Mais plus tard, la stipulation avec ses extensions diverses pût servir à fonder un droit de créance aux *operæ liberti*. L'action civile qui en résultait passa aux *operæ* antérieurement promises par *jusjurandum*. Si nous n'avons aucun témoignage direct de la sanction du serment par une action prétorienne, en dehors de la présence dans l'album d'un édit promettant un *judicium operarum*, cette absence de renseignements tient à ce que l'action prétorienne a été postérieurement complètement supplantée par l'action civile.

---

(1) Sur la mention de la *libertatis causa* dans la formule du serment et D, 38, 1, 7. pp. 342 *sq.* et note 1.

(2) p. 344, note 1. Comme marques de l'activité prétorienne, on peut mentionner : l'édit défendant au *libertus* de citer sans autorisation son patron en justice, défense sanctionnée par une *actio in factum* ; la défense de déférer un *jj. calumniæ* au patron, d'intenter contre lui une *actio famosa*, etc. En somme, la majeure partie des dispositions relatives à la *reverentia* et à la *gratitudo* dues au patron sont de nature prétorienne.

Section II. — **Systématisation des doctrines.**

Nous retrouvons, là aussi, la grande opposition précédemment signalée. M. Thélohan voit dans le *judicium operarum* une action civile ; M. Biondi lui attribue un caractère prétorien. Nous allons immédiatement entrer dans l'exposé de ces deux théories.

A. — La doctrine de M. Thélohan. (1)

Quelle est la nature des *operæ* ? Cette question, par les solutions qu'on en a données, conditionne la nature de l'*actio operarum*. Si l'on voit dans les services de l'affranchi un fait, et dans son obligation par *jj.* ou stipulation, une obligation de faire, on la fait sanctionner par une action *incerta* ; cependant l'action *ex stipulatu* est de formation relativement récente et la promesse d'*operæ* a une lointaine origine. Quelle solution choisir quant à la nature des *operæ* et de l'action dont est pourvue leur créance ? Tels sont les points qu'il nous faut envisager. Nous verrons d'abord ce que signifie la *datio operarum*, puis les conséquences de l'idée que les *operæ* sont des *res* ; leur répétition par *condictio* ne leur fait pas changer de caractère et l'application de ces principes à l'interprétation d'un texte célèbre, montre qu'ils sont justifiés.

I. — *Le dare operas.*

Un seul texte (2) fait obstacle à ce *dare*, car il implique qu'Ulpien considère comme un fait les *operæ*. M. Thélohan, suivant Accarias, en relève le caractère

---

(1) *Etudes d'histoire juridique offertes à M. Girard* (1913), (*De la stipulatio operarum*) tome 1, p. 355 sq.

(2) D., 45, 1, 72, *pr.*; Accarias, *Précis* [4], 2, p. 71, note 1.

anormal par rapport à la conception classique. Alors qu'il est admis, en effet, que les *operæ* sont divisibles (1) ce texte (qui, d'ailleurs, parle dans son paragraphe 1er d'un « *opus* », locution étrange), se prononce pour leur indivisibilité. Aussi se pose la question de son altération, faute de copiste qui, au lieu de faire suivre l'expression « *vel insulam fabricari* » d'une alternative comme « *vel opera his similia* » aurait écrit « *vel operas* » et aurait ajouté l'amplification « *vel quid his simile* », ou suppression de quelques mots par lesquels Ulpien se référait au cas d'*operæ* promises en vue d'un certain résultat : « *fossam fodiri* », « *insulam fabricari vel quid his simile* ». Mais dans cette hypothèse, l'indivisibilité est de règle pour les *operæ*, car le but de la convention est l'accomplissement intégral de l'ouvrage stipulé.

Aussi, doit on écarter D, 45, 1, 72 du débat, car de son texte altéré ressort une évidente confusion entre le contrat qui a pour principal objet le travail, abstraction faite de son résultat (c'est le cas des *operæ*) et celui qui a trait au résultat du travail (c'est l'*opus* : construire une maison, creuser un fossé). Y voir un simple *facere* (2), est logique ; mais la promesse de journées de travail n'est qu'un *dare*. *Dare* est l'expression technique : on jure de *dare* des *operæ* ou on stipule pour soi la *datio* de tant d'*operæ*. Quoi d'étonnant que ce caractère apparaisse tout particulièrement dans l'action sanctionnant l'obligation des *operæ liberti* ?

---

(1) D., 38, 1, 15, 1 ; D., 45, 1, 54, 1.

(2) La confusion a cependant été faite, en dehors des auteurs littéraires, par Alfenus Varus (D., 38, 1, 26, *pr.*) qui en matière d'*operae liberti* parle d'*opus facere* ; mais si l'on retrouve de multiples expressions chez les juristes : *praestare* (nuance de respect), *reddere*, *edere*, *praebere*, *exhibere*, *suscipere*, *exercere operas*, on n'y voit jamais *facere*. Le texte d'Alfenus ne parle d'ailleurs que d'*opus facere* et si on peut y voir un caractère anormal, c'est parce qu'il se rapporte aux services que doit rendre l'affranchi.

M. Thélohan, suivant l'opinion de Démelius et de la majorité des auteurs, admet en effet l'existence d'une action civile analogue à la *condictio triticaria*, peut-être même se confondant avec elle. Toutefois, il reconnaît (1) que le serment nécessaire dont l'emploi est admis en matière de *judicium operarum* peut créer entre elles une certaine différence. Quoique la discussion ne touche pas au fond du débat, puisque de toute façon pour les *operæ*, l'*actio incerta* basée sur un *facere* est écartée *ipso jure*, il est nécessaire de l'indiquer. Le principe de l'assimilation de l'*actio operarum* à la *condictio triticaria* serait d'une portée moins absolue qu'on ne le prétend.

M. Giffard (2) a en effet soutenu que le *jj. necessarium* à l'époque classique n'a fonctionné que pour les actions du titre « *de rebus creditis* », donc portant sur une *certa pecunia*, et pour l'*actio operarum*, voisine de la *condictio certæ pecuniæ*. S'il en était autrement, dit-il, on ne comprendrait plus pourquoi ce serment peut directement conduire à l'exécution, puisque l'*actio judicati* de la procédure formulaire suppose une créance de somme d'argent. Qu'on n'objecte pas Ulpien (3) : « *JJ. ad omnes res locum habet* » pour introduire le serment en matière de *condictio certæ rei* ou *triticaria*, car ce texte est sûrement interpolé. Si le serment fonctionne dans toutes les hypothèses, comme il le prétend, pourquoi cette mention spéciale des *operæ*, précédée de « *etiam* » ?

M. Debray (4) critique cette opinion. D'abord D, 12, 2, 34, *pr.* semble n'être pas interpolé. L'expression « *locum non habet* », n'est pas élégante, mais Gaius cependant n'en a pas dédaigné l'emploi (5).

---

(1) P. 357, note 4; D., 12, 2, 4, *pr.*
(2) *N. R. H.*, 1905, p. 471, note 1.
(3) D., 12, 2, 4, *pr.* (12, 2, 34, *pr.*).
(4) *N. R. H.*, 1908, p. 125, note 2.
(5) 4, 117-122.

Mais, dit-on, si Ulpien a bien mentionné le serment nécessaire dans la *condictio certæ rei* par l'expression « *et ad omnes res locum habet* », pourquoi ajoute-t-il qu'il peut être déféré « *etiam de operis* », puisque l'*actio operarum* a une *intentio certa* analogue à la *condictio triticaria*. C'est qu'Ulpien n'a pas voulu parler de la *condictio certæ rei* et il s'est donc crû obligé de faire une mention expresse du serment nécessaire en matière d'*operæ*. A cette argumentation qu'il juge spécieuse, M. Debray oppose deux considérations :

1° Le droit aux *operæ* est de prime abord le droit à un fait, donc à un *incertum* ; l'existence d'une action à *intentio certa* en cette matière et par suite l'application du *jj. necessarium* paraissent être si singuliers, qu'Ulpien a crû devoir signaler cette particularité, d'où : « *etiam de operis* ».

2° Ulpien, dans son livre 38 *ad Ed.*, commente l'*actio operarum*, comme il le ferait d'une autre partie de l'Edit, et dans le livre 26 où il traite du *jj.* en matière de *condictiones certi*, il pose le principe « *JJ. et ad pecunias et ad omnes res locum habet* » ; mais il se produit dans son esprit un rapprochement entre la *condictio certæ rei*, qu'il a en vue dans la matière du *jj.* et l'*actio operarum* dont la formule est semblable à la précédente : tout naturellement il ajoute « *etiam de operis jj. deferri potest* ».

M. Thélohan adopte ces dernières conclusions et se refuse à voir dans l'*actio operarum*, avec M. Giffard, une action différente de la *condictio triticaria*, même en matière de serment nécessaire.

Cette action, d'ailleurs, que les *operæ* soient promises par serment ou par stipulation, sera identique. Les textes ne parlent que d'un seul *judicium operarum* et l'*acceptilatio* s'applique également aux deux modes de constitution de l'obligation aux *operæ*, quoiqu'en dise Segré et sa théorie de l'action prétorienne ;

l'activité prétorienne n'a pu certainement se développer qu'après la loi AEbutia.

Nous savons également depuis les travaux de M. Mitteis que les *operæ*, même de travailleurs libres, font l'objet d'une obligation revêtant les mêmes formes et sanctionnée par la même action que les *operæ liberti*.

Action civile, analogue à la *condictio certæ rei*, telle semble être la sanction, soit du contrat *verbis*, soit du *jj. operarum*. Si au contraire, il s'agissait d'un *facere*, l'action serait *incerta*. (*Quidquid dare facere oportet*).

M. Koschembahr-Lyskowski ne le croit cependant pas. Le *facere*, dit-il, n'est pas l'*incertum*, quand il est déterminé dans sa nature et dans son étendue. Or, l'obligation aux *operæ* consiste dans un nombre fixe d'*operæ* soigneusement déterminées par le patron. Dans ce cas, on obtient un *certum*, ou plutôt une *res certa*. C'est ce que dit Paul (1) : « *Certum est cujus species vel quantitas..... qualis quantaque sit ostenditur* » et Ulpien (2) donne un argument *a contrario* en remarquant : « *Ubi autem non apparet quid, quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est* ». D'où cette conclusion : la *condictio* primitive a bien toujours porté sur le *dare* d'un *certum*, mais le *facere* étant un *certum*, dès l'époque d'Ariston elle s'est étendue à ce *facere*. (1re étape : *condictio possessionis* ; 2me étape : *impenses*, *operæ*, etc.). L'épithète d'*incerti* que lui donnent quelquefois les textes dans ces divers cas, est une addition des compilateurs.

Si l'on adopte cette théorie, on arrive à une *actio certa* en matière d'*operæ*, non pas parce qu'il s'agit là d'un *dare*, mais parce qu'ici le *facere* est un *certum*.

---

(1) D., 12, 1, 6.
(2) D., 45, 1, 75, *pr.*

Toutefois, M. Michon (1) a combattu cette doctrine originale. Puisque la monomanie des interpolations en est absente, elle va trouver dans les textes mêmes sa réfutation. La trilogie « *quid, quale, quantum* » ne peut être invoquée : car elle ne cite comme exemples que des cas de *dare* (2). D'ailleurs, Gaius, dans tout son commentaire IV, insiste sur la coincidence entre *intentio certa* et *dare oportere* d'une part, *intentio incerta* et *dare facere oportere* de l'autre. La stipulation de *facere* devrait aussi, étant un *certum*, donner lieu à la *condictio*, et non pas à l'*actio ex stipulatu* (3). Enfin, tous les textes parlent d'une *datio operarum* et repoussent toute idée de *facere*. Aussi, conclurons-nous que la stipulation ou le *jj.* d'*operæ* est un acte de *dare*, avec *actio certæ rei*.

Tel est le principe posé par M. Thélohan. Il en donne une démonstration dans les trois parties de l'exposé de sa doctrine qu'il nous reste à examiner.

1° Les *operæ* ne sont dans la conception romaine que des *res*.

2° Elles conservent ce même caractère, en cas de *condictio indebiti*.

3° Cette conception seule permet d'expliquer un texte de Julien.

II. — *La théorie des operæ-res.*

Si la prestation des *operæ* est, ainsi qu'il résulte des sources, un *dare*, c'est que, sans doute, les *operæ* sont des *res*. L'idée était bien romaine. Ulpien (4) la consacre : « *Jusjurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet, etiam de operis* », la relation entre « *et*

(1) *N. R. H.*, 1908, p. 377.
(2) Michon, *Loc. cit.*, p. 379.
(3) D., 22, 1, 4, *pr.*
(4) D., 12, 2, 34.

omnes res » et « *de operis* » est évidente. De même Gaius (1) voit dans les *operæ servi* des « *fructus hominis* » appréciés, comme pour toutes les autres choses, en en déduisant les dépenses nécessaires.

Si les *operæ* sont des *res*, elles peuvent être *certæ*, à condition de remplir la triple condition du *quid*, du *quale*, du *quantum* (2).. Or, le *quid* sera toujours déterminé : le patron veut obtenir les services de son *libertus*. Il en est de même du *quantum* : l'affranchi devra fournir tant de journées de travail. Quant au *quale*, quoique la distinction ordinaire entre *fabriles* et *officiales* ne soit plus acceptée aujourd'hui, ce *quale* était néanmoins susceptible de détermination. Les textes parlent de « *fabriles* » (au sens antéjustinien du mot), ou de « *pictoriæ operæ* » (3), Varron (4), cite comme *operæ* « *singula jugera confodere* » et Columelle (5) donne des exemples de travaux agricoles bien spécialisés qui requièrent un nombre fixe de journées de travail. Aussi, devons-nous ranger sans hésitation la prestation des services du *libertus* parmi les cas de *datio* cités par Gaius, comme autant d'applications du principe général qu'il a posé.

Mais devons-nous en conclure que l'action sera toujours *certa* ? M. Thélohan ne le croit pas.

Car, si toutes les obligations de *facere* ou de *præstare* sont incertaines (6), celles de *dare* sont tantôt certaines, tantôt incertaines : certaines, quand elles sont relatives à une somme d'argent, à un bien déterminé, à une quantité fixée de choses de qualité déterminée ; incertaines, quand elles ont pour objet des choses in-

---

(1) D., 7, 7, 4.
(2) Gaius, D., 45, 1, 74.
(3) D., 38, 1, 23, *pr.* ; D., 38, 1, 24.
(4) *De R. R.*, 1, 18.
(5) 2, 2.
(6) Girard, *Manuel* 6, p. 455, note 4.

diquées *in genere* ou dûes sous alternative. La prestation des *operæ* étant un *dare*, suivra ces règles. Si les *operæ* sont déterminées : *actio certæ rei* ; dans le cas contraire : *actio incerta ex stipulatu.*

Pour les *operæ libertorum*, l'action sera toujours *certa.* Mais, dira-t-on, c'est impossible, car l'affranchi promet souvent en terme généraux : « *se donum munus, operas dare* » ou bien « *quot patronus arbitratus sit* ». Bien mieux : M. Mitteis a montré que jamais, à la différence de ce qui se passe pour les contrats d'*operæ* faits avec des travailleurs libres, le serment ou la promesse de l'affranchi ne comportait cette *certa species operarum* dont parlent les juristes (1). L'action devrait donc être *incerta.*

Pourtant, elle ne sera donnée qu'après l'*indictio patroni* (2), car c'est seulement par la réquisition du patron que nait l'obligation. Or, après l'*indictio*, il ne peut être question que d'une *actio certa.* On objectera que l'*indictio* est réservée aux seules *officiales.* Or, nous avons vu avec M. Mitteis qu'elle est nécessaire à toutes les *operæ* industrielles ou *officiales* de l'affranchi ; elle n'était subordonnée qu'à la question de la capacité personnelle et de la profession de celui-ci. Si donc, l'*indictio* est nécessaire à l'exercice de l'*actio operarum*, en déterminant les *operæ*, elle leur donnera le caractère de *certæ.*

Au contraire, M. Mitteis, en restituant à D, 38, 1, 24 son sens originaire a démontré que pour les *operæ* de travailleurs libres, point n'était besoin d'*indictio.* D'où pour elles cette alternative : a-t-on fixé le nombre de

---

(1) D., 38, 1, 24.

(2) D., 38, 1, 13, 2 ; D., h. t., 15, *pr.*; D., h. t., 22, *pr.*; D., 45, 1, 73, *pr.* Ceci montre aussi que contrairement à Pernice (*Labeo*, III, p. 85, note 4) la formule du *judicium operarum* n'a pas besoin de *demonstratio* pour mentionner l'*indictio.* Car cette dernière seule peut faire naître le *dare oportere* en créant l'obligation qui n'existe pas avant elle.

journées de travail demandées — *actio certa* ; a-t-on au contraire voulu l'accomplissement de tel ouvrage, abstraction faite de ce nombre, action *incerta*.

Une autre preuve de la conception des *operæ-res* se trouve dans le texte de Julien (1) : « *Operarum stipulatio similis est stipulationibus in quibus genera comprehenduntur* ». Si la *stipulatio operarum* est une stipulation de genre, c'est que les *operæ* sont d'abord des *res corporales*, les seules pour lesquelles il puisse y avoir lieu à la distinction entre *genus* et *species*, et de plus des choses fongibles. Pomponius (2) les assimile à l'argent ; Ulpien (3) dit qu'elles consistent « *quasi in pecuniæ præstatione* » et, appliquant cette idée, les dit payables par et à n'importe qui.

Est-ce à dire que les *operæ* de tel *libertus* ou de tel ouvrier vaudront celles d'un autre ? Il faut faire quelques réserves.

Javolenus (4) examine l'espèce suivante : un esclave doit fournir ses services à un tiers et le juriste déclare que personne ne peut, en fournissant ses propres *operæ*, libérer l'esclave, tandis que, s'il s'agissait d'une obligation de somme d'argent, on pourrait le faire, en la versant. C'est sans doute parce qu'il ne peut y avoir équivalence entre le travail servile et le travail libre. D'ailleurs, quand il s'agira d'*operæ* techniques, on devra exiger, pour qu'un ouvrier ou un *libertus* puisse être remplacé par un autre, que ce dernier possède une habileté égale à celle du travailleur auquel il va se substituer (5).

En tous cas, ces réserves faites, le caractère de *res* fongibles attribué aux *operæ* reparaît encore dans l'hy-

---

(1) D., 45, 1, 54, 1.
(2) D., 38, 1, 4.
(3) D., 38, 1, 6 et h. t., 9, 1.
(4) D., 40, 7, 39, 5.
(5) D., 45, 2, 5.

pothèse de leur délégation à un tiers, dans l'éventuelle *adjectio solutionis gratia* lors de leur promesse, et dans leur transmissibilité aux héritiers. Cette nature suppose naturellement l'existence d'une valeur pécuniaire et il semble que les *operæ officiales*, c'est-à-dire avec la nouvelle terminologie de M. Mitteis, les *operæ liberti*, n'ont qu'une valeur strictement personnelle (1). Mais, M. Thélohan fait une exception pour les *artificiales*, sous-catégorie des *officiales*, qui, estimables en argent, donc fongibles, ont de ce chef les mêmes caractères que les *fabriles*, *operæ* des travailleurs libres (2).

Les déductions tirées du caractère de *res* imparti aux *operæ* sont en complète contradiction avec celles de la théorie : *operæ-factum*. Il faut renoncer dans une obligation de faire à la distinction de la *species* et du *genus* et à tout caractère de fongibilité. Si le *libertus* promet de *facere*, même pour les *operæ artificiales*, c'est son fait personnel qu'il promet.

Justinien (3) déclara le premier que les obligations de *dare* et celles de *facere* étaient identiques et qu'elles passeraient aux héritiers ou seraient données contre eux. On a vu dans la phrase initiale « *veteris juris altercationes decidentes* », l'indice que la fusion s'était peut-être opérée auparavant ; mais c'est plutôt le souvenir de contradictions antérieures dans les ouvrages des jurisconsultes qui justifie l'allusion faite par l'Empereur. Celui-ci, en dépit de certains auteurs (4), a déclaré par une décision solennelle et formelle qu'il n'y aurait plus de différence entre les obligations de *dare* et celles de *facere*. Vraisemblablement, on admettait avant lui un

---

(1) D., 38, 1, 9, 1. Par *operae officiales*, M. Mitteis entend toutes les *operae liberti*, techniques ou non. Par *operae fabriles*, les *operae* de travail leurs libres, d'une nature industrielle.

(2) D., 38, 1, 9 ; D., 38, 1, 23, *pr.*

(3) C., 8, 37 (38), 13.

(4) Accarias, *Précis* [illegible], p. 51, note 1.

principe contraire, poussé, comme il nous l'apprend, jusqu'au point de refuser la transmissibilité de l'obligation de faire contre les héritiers du débiteur. Pour donner une base doctrinale à son innovation, Justinien a gravement déclaré que : « *pæne similis omnium hominum natura est* » puis, satisfait de sa réforme, l'a postérieurement étendue aux legs (1).

On objecte encore qu'Ulpien (2) lui-même déclare que, s'il n'y a point de convention spéciale stipulant l'accomplissement du travail par le promettant, ce travail peut être effectué par un tiers. C'est ce qui ressort *a contrario* du texte : « *Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit, vel insulam ædificandam et hoc specialiter actum est ut suis operis id perficiat, fidejussor ipse ædificans non liberabit eum* ». Mais M. Thélohan conclut à l'interpolation du passage. La prémisse déclare « *inter artifices longa differentia est et ingenii et naturæ, et doctrinæ, et institutionis* ». Ainsi, si quelqu'un a promis de bâtir une maison, ou de creuser un fossé, c'est lui-même qui doit l'exécuter. Le contrat est de droit strict (*si quis promiserit*) et ayant promis, le stipulant est tenu en personne.

Mais pourquoi insérer « *hoc specialiter actum est ut suis operis id perficiat* », alors que les conséquences tirées par Ulpien découlent logiquement de la prémisse et du caractère du contrat *verbis*. La clause imposant l'exécution au promettant lui-même et en écartant le fidéjusseur n'apparaît pas dans le deuxième exemple de stipulation donné à la fin du texte : « *Per te non fieri, quominus mihi agere liceat* ». Cette dernière phrase non remaniée rompt la symétrie du texte qui réapparaît avec la suppression dans la première partie du « *hoc specialiter actum est* ». C'est ainsi la meilleure preuve

(1) C., 8. 37, 15, 1.
(2) D., 46, 3, 31.

de l'impossibilité pour un tiers d'accomplir une promesse de *facere* et la consécration de cette idée classique. Justinien est peut-être l'auteur de l'interpolation, car il a voulu mettre Ulpien d'accord avec *C*, 8, 37, (38), 13.

Ce même Ulpien, dans d'autres textes, avait une attitude plus intransigeante. Alors qu'on est très large sur ce point (1), il donne des solutions très rigoureuses en matière de conditions adjointes à des legs (2). Si la condition que doit exécuter un *statuliber* a pour objet un *dare*, il pourra l'exécuter valablement aux mains de l'acheteur, « *eas conditiones ad emptorem transire quæ sunt in dando* ». A-t-elle, au contraire, pour objet un *facere*, il ne pourra, sans aucune distinction, l'exécuter, même après la vente, qu'entre les mains de l'héritier.

Mais Justinien (3), empruntant à Ulpien sa distinction entre *dare* et *facere*, fait d'assez nombreuses sous-distinctions dans le *facere*. On doit, d'après la « *conceptio verborum* » et la « *facti natura* » décider si « *quod relictum est ab alio impleri possit* » ou non.

Nous voilà loin de la règle générale posée par Ulpien.

On ne peut non plus s'arrêter pour y voir une assimilation du *dare* au *facere* à un texte de Venuleius (4) rapportant l'opinion de Sabinus. On admet la validité de la promesse de faire, alors que le promettant se trouve dans l'impossibilité d'exécuter, mais que le fait promis « *cum alio possibile sit* ». Ce n'est pas un argument convaincant, car Sabinus ne dit pas du tout que le fait peut être accompli valablement par un autre. Il s'agit simplement du principe de la validité de l'obligation, alors qu'au moment de sa formation, le débiteur

(1) Karlowa, 2, p. 137.
(2) D., 40, 7, 6, 7.
(3) C., 6, 5, 19.
(4) D., 45, 1, 137, 5.

se trouve dans l'impossibilité d'exécuter : l'exécution se convertira en dommages-intérêts.

Avant Justinien il y avait donc antinomie absolue entre obligation de faire et obligation de donner. C'est ce que nous montre encore le caractère divisible de l'obligation aux *operæ*. Gaius, Ulpien, Paul (1) nous attestent l'indivisibilité de la stipulation d'un fait non juridique, par exemple d'un *opus*, qui ne peut recevoir une exécution partielle, son utilité consistant dans son complet accomplissement.

Au contraire, l'obligation aux *operæ*, la *datio* (2), obligation de genre, est divisible par le nombre de ces *operæ*, comme toute obligation de quantité.

Il est vrai que l'*opera*, journée de travail, est indivisible parce qu'elle forme une unité irréductible. Mais c'est là une création des jurisconsultes. Ulpien (3), d'après Papinien peut-être, en pose le principe. Mais Labeon (4), que cite Pomponius, déclare l'*opera* divisible : « *Labeoni placet et deberi et peti posse partem operæ* ». Celse cité par Ulpien (5), préfère donner à deux patrons d'un esclave commun qui leur a promis *M operas*, cinq cents *operæ* à chacun, plutôt que la moitié de chacune de ces mille *operæ*. Les deux solutions se retrouvent dans l'éclectique Julien (6). En cas de stipulation d'une seule *opera* par un esclave commun, chacun des propriétaires peut réclamer une part de cette *opera*, proportionnelle à l'étendue de son droit de propriété. Mais l'esclave pourra de préférence offrir l'*æstimatio* de l'*opera* en argent que les maîtres se partageront, ou bien fournir avec leur consentement l'*opera*

(1) D., 35, 2, 80, 1 ; D., 45, 1, 72 ; D., h. t., 85, 2.
(2) D., 45, 1, 54, 1 ; D., 38, 1, 15, 1.
(3) D., 38, 1, 15, 1.
(4) D., 38, 1, 8.
(5) D , 38, 1, 15, 1.
(6) D., 45, 1, 54, 1.

en commun. Pomponius (1) pour mettre fin à ces subtilités déclare que l'*opera*, « *diurnum officium* », est indivisible, même en heures, et qu'on ne pourra pas réclamer une *pars operæ*.

Mais, malgré toutes ces discussions doctrinales concernant l'*opera*, il n'en reste pas moins établi que la pluralité d'*operæ* est susceptible de division.

Résumons-nous : les *operæ* dans la conception romaine sont des *res* et non un *factum*. C'est ce que prouvent leurs caractères de *res certæ*, de choses de genre, de choses fongibles, et de choses divisibles. Pour les *operæ liberti*, l'action qui sera donnée au patron sera toujours *certa*. Pour celles des travailleurs libres, elle suivra les règles générales. Ce caractère de *res certæ*, reconnu aux *operæ* quand on les demande, se conserve-t-il lorsqu'elles font l'objet d'une répétition, comme *indebitum* ? Les solutions que nous donnerons à cette question confirmeront ou infirmeront la nature que nous avons attribuée à l'*actio operarum*.

III. — *La répétition des operæ et leur nature de res datæ.*

Doit-on toujours considérer les *operæ* comme des *res datæ*, lorsque le *libertus* veut les répéter parce qu'indûment fournies ? Puisque l'exécution est intervenue, elle a déterminé leur nombre et leur nature ; l'*indebitum* est donc *certum*. Pourtant, Julien cité par Ulpien (2), s'oppose à leur répétition et appliquant sa théorie des obligations naturelles, déclare que « *natura.... operas patrono libertus debet* ». On y a vu un obstacle à la répétition des *officiales* ; nous dirons avec

(1) D., 38, 1, 3.
(2) D., 12, 6, 26, 12.

M. Mitteis qu'il en est ainsi pour tous les services de l'affranchi.

Mais cette situation n'existe que depuis Julien. Que se passait-il avant lui, pour toutes les *operæ*, et, depuis lui, pour celles que l'affranchi fournit à son patron, considéré comme un tiers, en un mot, suivant la nouvelle terminologie, pour les *fabriles* ? Il les preste indépendamment de tout droit de patronat, ainsi qu'un travailleur ordinaire.

Ulpien rapporte l'opinion de Celse (1) refusant toute restitution. C'est, qu'en effet, ces *operæ* « *non sunt eædem, neque ejusdem hominis* » et il y a tant de motifs de dissemblances entre elles : « *ætas, opportunitas naturalis....* » que celui qui les a reçues et qui voudrait les rendre ne le pourrait pas « *et ideo nec volens quis reddere potest* ».

Néanmoins, si, en tant qu'*operæ*, elles ne peuvent être répétées, comme elles peuvent être estimées et que l'on peut *condicere* un objet différent de celui de sa prestation, rien n'empêche d'appliquer ce principe aux services de l'affranchi. L'objet de la *condictio* sera le montant de l'enrichissement sans cause de l'*accipiens* ; il sera apprécié *in concreto* par le prix du louage éventuel auquel le bénéficiaire aurait été forcé de recourir si les *operæ* ne lui avaient pas été fournies. Savigny et Lenel (2) ne s'arrêtant pas à cette considération et dominés par l'idée des *operæ-factum*, voyaient dans la formule de l'action en restitution une *demonstratio* ou une *præscriptio* dans le genre de *ea res agatur quod operas indebitas præstitit* ou *de operis indebite præstitis restituendis*.

Mais, remarquait Pernice (3), admettre en ce cas une

---

(1) *Ibidem*.
(2) *Traité*, 5, *App.*, 14, p. 396; *das Edictum* 1, p. 122; Gaius, IV, 136, 137.
(3) *Labeo*, III, 1, p. 210.

condictio incerti, c'est rendre incompréhensibles et les hésitations de Celse et la solution qu'il donne comme son opinion personnelle (*et Celsus... putat*). Avec une formule aussi large que *quidquid dari fieri oportet ob eam rem*, pleine liberté est laissée au juge qui a tout pouvoir d'appréciation. Il n'en serait pas de même si la formule concernait le *dare operas* lui-même, et Pernice pense que « du moment que les services du *libertus* sont demandés par le patron avec une action se rapprochant de la *condictio certi*, ils devaient être réclamés en restitution par une *condictio* identique ». Pour les *operæ* ayant une valeur marchande, l'objet de cette *condictio* sera leur évaluation.

Toutefois, on adopte souvent une conception intermédiaire : la *condictio* des *operæ indebitæ* est la *condictio incerti*. Mais dans l'*intentio* on spécialise l'objet de la demande (1). C'est ce que dit Celse : le *tradens* ne peut rentrer en possession des *operæ* fournies, et par suite l'*accipiens* doit *aliud* (autre chose), que ce qu'il a reçu. Le demandeur réclame cet *aliud*, qui va figurer, comme objet de la nouvelle créance, dans l'*intentio*. On aura : « *Si paret* N^m N^m A^o A^o... *quanti* N^s N^s *operas* A^o A^o *conducturus esset, dare oportere tantam pecuniam, judex,* N^m N^m A^o A^o *condemna ; si non paret, absolve* ».

Mais M. Thélohan se range à la doctrine de Pernice, Puisqu'on réclame l'exécution d'une promesse d'*operæ* par une *condictio certæ rei* et qu'il est admis que la *condictio*, action abstraite, ne change pas de nature avec la modification de la cause de la créance, la restitution des *operæ* sera sanctionnée par la *condictio certæ rei*. Trampedach (2) adoptait déjà cette manière de voir. Mais il expliquait les hésitations de Celse en disant

(1) Lenel, *das Edictum* ², p. 152.
(2) *Z. S. S.*, t. 17, p. 129-130, (1896).

qu'à son époque l'extension de la *certa res* aux *operæ* est chose toute nouvelle. L'opinion dominante voit au contraire dans cette *certa res* une idée appartenant à un droit ancien et simpliste et M. von Mayr (1) a appliqué ce principe en faisant dériver la *condictio incerti* de la *condictio certæ rei.*

Mais on objectera que si les *operæ* sont des *res* et même des *res* fongibles, ce caractère n'est pas absolu. S'il l'était, celui qui a reçu les *operæ indebitæ* pourrait se libérer par la prestation des siennes propres en nombre égal. Or, cette éventualité n'a pas été prévue par les juristes, puisque la *condictio* n'a trait qu'à l'*æstimatio* des services fournis. M. Thélohan écarte l'objection en disant qu'elle n'est pas spéciale aux *operæ*. En effet, tout *accipiens* par le seul fait de la réception d'un objet grevé d'une restitution (ce sera le cas pour l'*indebitum*), est débiteur de cette restitution qui porte toujours sur la chose reçue, si la restitution peut se faire en nature. Sinon la dette se transforme en dette d'argent au montant égal à celui de l'enrichissement sans cause et on ne peut lui substituer la fourniture d'un équivalent à la chose reçue.

Il y a bien des obligations de choses fongibles où l'on répète seulement *tantumdem* et non l'*indebitum ipsum*. Pomponius (2) donne à celui qui a payé l'indû la possibilité de répéter ou la chose ou son équivalent ; de même Marcien (3). Mais Paul (4) pose un principe contraire : « *si consumpsit frumentum pretium repetet* ». Il faut voir dans ce dernier texte le principe général, car les dettes d'argent, hypothèses auxquelles se réfèrent Pomponius et Marcien, obéissent à des règles particulières. En principe, les *operæ* indûes ne pouvant

(1) *Z. S. S.*, t. 24, p. 258 (1904).
(2) D., 12, 6, 7.
(3) D., 19, 5, 25.
(4) D., 12, 6, 65, 6.

être restituées en nature, leur *æstimatio* sera seule remboursée au *tradens* (1).

Quant à la *condictio* ayant pour objet cette *æstimatio*, nous avons vu que c'était celle *certæ rei*. Elle va avoir un caractère étrange au premier abord, car, après la perte de l'objet, donc lorsqu'il y a impossibilité de restitution, son *intentio* n'en portera pas moins sur l'objet indûment payé (2). D'où cette conséquence : l'*intentio* portant sur les *operæ* est en désaccord avec la *condemnatio incerta* et son *quanti ea res est*. Mais la *condemnatio* corrige justement l'inexactitude de l'*intentio* (les *operæ* ne peuvent plus être restituées) et le juge, grâce à cette *condemnatio*, est autorisé à apprécier leur valeur en argent. Donc, que l'*intentio* tende à *dare* ou à *reddere operas*, peu importe, le « *quanti conducturus* (3) » de Celse ne sert qu'à donner au juge une base d'estimation.

Pflueger (4) remarquant le rapport entre ce *quanti conducturus* et l'*æstimatio* des *operæ*, et notant que le

---

(1) Marcien (D., 19, 5, 25) semble exclure toute répétition en matière d'*operae* : « *quod si per errorem operae indebitae datae sunt, ipsae repeti non possunt* » (on peut d'ailleurs remarquer que le *ipsae* fait peut-être allusion à l'impossibilité d'une restitution en nature).

Mais le même Marcien (D., 12, 6, 40, 2, frg. du livre 23 de ses *Regulae*) envisage le cas d'un pacte entre le patron et le *libertus* « *ne operae ab eo petantur* » et décide que « *quidquid postea solutum fuerit a liberto repeti potest.* » M. Thélohan concilie ces solutions divergentes en disant que dans ce dernier passage, Marcien traite de la possibilité de l'action qui se traduira par une condamnation pécuniaire, tandis que dans le premier, considérant *in abstracto* l'objet de l'obligation en restitution, il nie la possibilité de celle-ci, qui ne peut porter ni sur les *operae ipsae*, ni sur des *operae* équivalentes : « *quod autem indebitum datur aut ipsum repeti debet aut tantumdem ex eodem genere* », ce qui est impossible en matière d'*operae* : « *quorum neutro modo operae repeti possunt* ».

M. Cuq (*Institutions*, 2, p. 448, note 2) prétend que si la répétition est impossible, c'est parce que le frg. 25 fait une application du principe : *Nemo potest condicere factum*. Mais comment expliquer, objecte M. Thélohan, la solution donnée par D., 12, 6, 40, 2, de ce même Marcien ?

(2) M. Thélohan en voit l'indication dans D., 12, 4, 15 ; D., 47, 2, 52, 28 ; D., 45, 1, 83, 7.

(3) D., 12, 6, 26, 12.

(4) *Z. S. S.*, t. 17, p. 105 (1896).

juriste visant l'*æstimatio* des *operæ* parle de « *condicere aliud* », y a vu l'indice que le demandeur doit lui-même estimer le montant des *operæ*. Ce sera donc une *condictio certæ pecuniæ* qui lui sera donnée. Un texte (1) parle en effet de « *condictio æstimationis* » et un autre (2) de « *pretium condicere* », quand la restitution de la chose est impossible. Mais cette *auto-æstimatio* n'est pas d'un emploi absolu : elle dépend du choix du demandeur (3). Elle peut même avoir pour objet la chose qui a péri (4).

M. Thélohan croit, et concilie par là toutes ces solutions divergentes, que le mot *condicere* a plusieurs sens : tantôt, il se rapporte au contenu de l'*intentio*, tantôt, au résultat de l'action.

Pernice (5) voit dans l'*auto-estimation* une création de Julien et de Celse, facultative heureusement et d'emploi très rare, car en l'adoptant le demandeur se soumet aux risques de la *plus petitio*.

Plus audacieuse encore est la thèse soutenue par M. Koschembahr-Lyskowski. L'*æstimatio* n'est faite ni par le demandeur, ni par le juge, elle est faite *in jure* par le magistrat dans un *arbitrium*. L'auteur s'appuie (6) sur la tournure indirecte « *condicere ut* » employée par les textes plus fréquemment que la tournure directe « *condicere aliquid* ». Ceci s'explique : la prétention du demandeur ne peut être déterminée que par une procédure ; mais comme la *condictio* est un *judicium strictum*, la prétention du demandeur doit appa-

---

(1) D., 13, 1, 8, *pr.*

(2) D., 39, 6, 19.

(3) C'est ce que dit D., 39, 6, 37, 1, à propos de la *condictio pretii*. Lenel (*Pal.* 2, *col.* 1036) voit dans la phrase finale du texte une interpolation des compilateurs.

(4) D., 13, 1, 3.

(5) *Labeo*, 2/2, p. 102-103.

(6) Michon, *N. R. H.*, 1908, p. 382.

raître dès la *litiscontestatio* : la détermination de l'objet doit donc être faite antérieurement, dans un *arbitrium in jure.*

Mais, objecte M. Michon, l'*arbitrium* est incompatible avec le rôle du magistrat qui ne peut que *jus dicere,* mais non *judicare.* D'ailleurs, M. Koschembahr-Lyskowski dit également que les tournures directe et indirecte en matière de *condictio* sont employées dans les *condictiones certæ pecuniæ et certæ rei,* et pourtant il n'en tire aucun argument. Puisque pour celles-ci, elles n'ont aucune portée, pourquoi en auraient-elles pour la seule *condictio* de *facere* ?

Dans la procédure *de repetundis,* et tel est le deuxième point de la théorie de l'*arbitrium in jure,* les jurés décident d'abord s'il y a eu extorsion de la part de l'accusé ; puis, ce premier jugement prononcé par le magistrat, ils fixent par une *litis æstimatio* le taux de la dette reconnue à la charge du fonctionnaire accusé. Pourquoi la *condictio,* également ancienne, n'aurait-elle pas été constituée pour sa procédure sur le même type ?

Mais le *judicium de repetundis,* rétorque M. Michon, est une procédure exceptionnelle du droit public et ses deux phases : détermination de l'existence de la dette et fixation de son *quantum* se succèdent dans un ordre logique. Au contraire, dans la *condictio,* on inverse les facteurs. Dans l'*arbitrium in jure,* va d'abord avoir lieu l'*æstimatio* du *quantum,* puis postérieurement, *in judicio,* une procédure va se prononcer sur l'existence de la dette.

Si le procès est perdu, l'*æstimatio* de l'*arbitrium* sera vaine. C'est étrange, d'autant plus que le juge, *judex et arbiter,* va se voir privé, par l'*arbitrium,* d'une partie de ses attributions.

En tous cas, c'est contraire au *processus* bien connu, exact aussi chronologiquement : « *quid, quale, quantum* ». L'inversion de la procédure *de repetundis* que

constituerait la *condictio* serait d'une application difficile. De deux choses l'une : ou le juge reconnaît la dette purement et simplement, et alors il n'y a aucune difficulté, ou bien il la reconnaît, mais trouve exagérée l'évaluation du magistrat et le demandeur dans la *condictio certæ pecuniæ* bénéficiera d'une condamnation fixée par le magistrat et que le juge ne pourra diminuer. Mais, et ce sera la contre-partie, si le juge absout, le demandeur ne sera-t-il pas susceptible d'encourir la déchéance de la *plus petitio* basée sur une demande exagérée ? Pourtant, de cette exagération, il ne sera pas l'auteur, puisque l'*æstimatio* précise aura été faite par le magistrat.

Quant au dernier argument tiré de Cicéron (1), M. Michon l'écarte en y voyant une question d'arbitrage : le contexte parle en effet d'un compromis et non d'un *arbitrium in jure*. Enfin, le silence complet des textes du Digeste, que l'auteur explique par l'insertion dans ceux-ci de l'*auto-estimation* du demandeur, remplaçant l'*arbitrium in jure*, concourt à faire rejeter la théorie de M. Koschembahr-Lyskowski, comme étant uniquement conjecturale.

Nous arrivons, quant à la *condictio operarum*, aux conclusions suivantes :

1° Il n'y a en cette matière que des applications de règles relatives aux *certæ res*. Jamais on n'a assimilé les *operæ* à un *factum*.

2° Depuis Julien la *condictio* en matière d'*operæ liberti* ne peut jouer, en raison de l'existence d'une obligation naturelle.

3° Pour les *operæ* de travailleurs libres ou de l'affranchi en dehors des obligations que lui imposent les droits du patronat, on emploie pour la répétition de

(1) *Pro Roscio*, 4. 12.

leur *æstimatio* la *condictio certæ rei* avec *intentio* asymétrique par rapport à la *condemnatio*, sans qu'il y ait lieu de s'arrêter, soit à la théorie de l'*auto-æstimatio*, soit à celle de l'*arbitrium in jure*.

IV. — *Les principes et l'explication des textes.*

Il faut maintenant procéder à la vérification ou, pour employer un terme barbare, mais commode, à l'expérimentation du grand principe : les *operæ* sont des *res*.

M. Thélohan s'attaque donc au célèbre texte de Julien : D, 45, 2, 5. Son début est la condamnation même de la théorie *operæ-factum*. « Il est bien connu, dit Julien, qu'on peut promettre les *operæ* d'autrui : « *nemo est qui nesciat alienas operas promitti posse* ». Or, on peut promettre une *res aliena* et non un *factum alienum*. Justinien (1) dit que celui qui a promis le fait d'autrui ne s'oblige pas, sauf s'il fait une *stipulatio pœnæ*. Ulpien (2), sous la même réserve, prétend que « *nemo alienum factum promittendo obligatur* » et Hermogénien (3) déclare: « *factum alienum inutiliter promittitur* ». D'où grand embarras des partisans du *facere* de l'*obligatio operarum*. Ils ont eu recours à des stratagèmes plus ou moins ingénieux.

Les glossateurs donnaient à l'adjectif « *alienæ* » un sens spécial : Julien vise le cas d'*operæ* promises en même temps par plusieurs personnes (*operæ alienæ*). Voici l'hypothèse qu'ils envisageaient : Un *libertus* a promis à son patron des *operæ fabriles* déterminées (nous prenons le terme de *fabriles* dans le sens nouveau : *operæ* qu'un homme libre fournit à un créancier, ou un affranchi à son patron considéré comme un

(1) *Inst.*, 3, 19, 21.
(2) D., 45, 1, 38, *pr.* et 1 et 2.
(3) D., 46, 1, 65.

simple tiers ordinaire). Mais le patron craignant l'inexécution s'adresse à un autre *libertus*, qui promet le même travail, c'est-à-dire le fait dû par le premier. C'est une promesse relative à l'exécution du fait d'autrui : « *alienas operas se prœstare promittit* ». Ces deux obligations étant valables, Julien dit « *nemo nesciat operas alienas promitti posse* », car l'efficacité de ces obligations ne pouvait faire l'objet du moindre doute. Mais, la corréalité et la *fidejussio* exigent pour leur existence l'identité dans les prestations : l'*eadem res*, le même objet. Or ici, au premier abord, on se trouve en présence d'une obligation ayant des objets divers en apparence. On pouvait donc douter de la possibilité de l'adjonction d'un *fidejusseur* à l'obligation ou de l'établissement de la corréalité entre les deux débiteurs. Aussi Julien, dans la suite du texte, a-t-il dissipé ces doutes en disant que la corréalité active et passive et la *fidejussio* étaient, en l'espèce, permises. La seule traduction d'*alienæ* suffirait à faire écarter cette explication et M. Thélohan remarque en plus que le deuxième débiteur semble promettre, non pas « *alienæ operæ* », mais son propre fait.

Pothier (1) a soutenu une variante de la théorie des glossateurs. Si on promet d'exécuter un travail au profit d'un tiers, pas de *fidejussio* possible, car elle se rapporterait à ce travail, donc au fait d'autrui. Mais le *fidejusseur* peut s'obliger non pas à faire le travail, mais à agir de telle sorte qu'il soit exécuté (variante de la convention de porte-fort) ; ne promettant pas le fait d'autrui, mais son propre fait, il sera valablement obligé : « *siaut reus principalis... obligatur*, dit Hermogénien, *ita fidejussores non alias tenentur quam si se quid daturos vel facturos promittant* ». La même distinction jouera en matière de corréalité. Si le deu-

(1) Pand. Justin, *De duobus reis*, n° 2.

xième débiteur promet le fait du premier, son obligation, par suite de la nullité de la stipulation, ne prendra pas naissance, et s'il promet au contraire son fait, elle naîtra à sa charge.

On répond : mais que devient cette promesse d'*alienæ operæ* dont parle formellement Julien ? Demangeat objecte, en outre, à Pothier que Julien parle encore des *correi stipulandi* que laisse de côté l'explication proposée, car quand on veut déterminer s'il y a simplement promesse du fait d'autrui, l'unité ou la pluralité de stipulants est fort indifférente. La théorie de Pothier est donc insuffisante.

Cujas, suivi par Demangeat (1), propose une autre explication. Le frg. 5 en question, est extrait du livre 22 des *Digestes* de Julien, livre où il étudie les *operæ libertorum* et le texte se rattache à la distinction entre les *fabriles* et les *officiales*. Dans D, 38, 1, 23, Julien devait parler des *officiales* et en vertu de leur caractère personnel, observer que l'obligation de l'affranchi envers deux *rei stipulandi* : le patron et un tiers, était impossible ; les *officiales* ne peuvent, en effet, être fournies qu'au patron. A l'inverse, comme l'affranchi seul peut les prester, le patron ne peut avoir deux débiteurs : son *libertus* et un étranger. Mais avec notre texte, Julien en arrivait aux *fabriles* : *operæ* de l'autre catégorie *(alienæ operæ)*. Constituant des services dans le commerce, elles pouvaient, c'est l'opinion unanime, être promises comme n'importe quelle obligation de droit commun : d'où possibilité de la *fidejussio* et de la corréalité active et passive.

On remarquera le sens étrange d' « *alienæ* » dans la théorie de Cujas. Pourquoi Julien pour marquer l'opposition n'aurait-il pas plus correctement employé *aliæ* ?

---

(1) *Recit. solemn. in libr. XXII, Dig. Salv. Jul.; Des obligations solidaires*, pp. 118-120.

Lenel (1), d'ailleurs, n'accepte pas que dans le Digeste de Julien, notre frg. 5 soit précédé par D, 38, 1, 23. C'est qu'en effet ce frg. 5 est en étroite connexité avec D, 45, 1, 54, où Julien traite, non des *operæ liberti*, mais de la stipulation *operarum*, soit des esclaves, soit des affranchis, soit des travailleurs libres ; l'opposition chère à Cujas entre *officiales* et *fabriles* se trouve fortement battue en brèche. Enfin M. Mitteis lui a porté les derniers coups en démontrant l'absence totale de fondement de l'opposition entre les *operæ*, opposition que Julien lui-même ignore (2), car il parle partout des *operæ* avec une généralité que Cujas trouverait déconcertante.

M. Mommsen dans son *Digeste* (3), a simplement décrété que la pensée de Julien était autre que celle qui ressort du texte ordinaire. Et il fait la reconstitution suivante : les *operæ alienæ*, le fait d'autrui, ne peuvent être promises. Voilà le principe. Conséquences : il faut intercaler deux négations dans la phrase « *nemo est qui nesciat* », l'une, un « *non* », après *promitti*, l'autre, un « *nec* », après *posse*. Voilà la *fidejussio* rendue impossible. Reste la corréalité ; la phrase « *et ideo nihil prohibet* » implique bien que Julien l'admet. Mais dès lors, il suffit de marquer une opposition en remplaçant le « *et* » par « *at* » et on obtient une phrase permettant en matière d'*operæ*, mais d'*operæ non alienæ*, la corréalité active et passive. Le « *at ideo* » sépare les *operæ alienae* où il n'y a pas de promesse valablement faite, des *operæ* ordinaires, où la corréalité active et passive est admise.

Mais cette hasardeuse reconstitution est démentie par les Basiliques (4) parlant en matière d'*operae alienae*,

(1) *Pal.* 1, *Julianus*, n^os^ 361 et 362.
(2) D., 12, 6, 26, 12, ; D., 38, 1, 23, *pr.*; D., 38, 1, 24.
(3) P. 735, note 6.
(4) *Basiliques*, 43, 2, 5 (*Heimbach*, 4, p. 318).

de *fidejussio* et même de corréalité et semble avoir été tentée pour les besoins de la cause.

Une contradiction telle que celle qui ressort du texte de Julien disparaît, dit M. Thélohan, avec l'adoption de la théorie des *operæ-res*. Si on ne peut promettre le fait d'autrui, on peut du moins promettre les *operæ* d'autrui, qui, *res*, font l'objet d'une *datio* et on sait que la promesse de *dare rem alienam* est possible. De même pour la *datio* des *operæ alienæ*, qui sera très usitée en pratique dans les contrats faits avec un entrepreneur relativement à la fourniture de tant d'*operæ* de telle nature. L'entrepreneur promettra forcément les *operæ* d'autrui : en l'espèce celles de ses ouvriers. Avec ce principe s'explique le texte de Julien. Il comprend deux parties séparées par « *sicuti si* ». Le juriste affirme d'abord que la promesse d'*alienæ operæ* est parfaitement valable : aussi peut-on lui appliquer la *fidejussio* et la corréalité. La promesse de deux débiteurs corréaux est aussi valable dans le cas d'*operæ alienæ (sicuti si)* que celle relative à des *operæ* personnelles au promettant et Julien cite dans cette deuxième hypothèse la corréalité active et passive.

Pourquoi ces solutions ? C'est parce que les *operæ* sont des *res* et des *res* fongibles. La corréalité suppose que la prestation qui fait l'objet des deux obligations ou des deux créances est identique. Mais par là même, elle écarte le fait, l'*opus*, à la nature variable. Au contraire, les *operæ*, *diurna officia*, ont une commune mesure : la journée de travail servant à les déterminer. Ces journées de travail sont toujours considérées en elles-mêmes, sans tenir compte de l'employeur, patron ou tiers, ni même de la personnalité de l'employé ; partant, étant toutes réduites ainsi à une commune mesure, elles font l'objet d'une appréciation identique.

Si l'*opera* de Titius vaut celle de Seius et est pareille à celle de beaucoup d'autres, *fidejussio* et corréalité

peuvent intervenir parce que l'identité de prestation existe. Pour Julien, remarque M. Thélohan, il y avait un lien entre la corréalité et le caractère d'obligation de genre dévolu aux *operæ*, car le juriste traite ces deux questions dans le même livre de ses *Digestes* : le livre 22. Toutefois, la fin du frg. 5 apporte une restriction à l'équivalence des *operæ*. Pour la corréalité passive, Julien exige des deux employés la même habileté, *eadem peritia*. Il est vrai (1) que Gaius cite Julien comme étant particulièrement rigoureux sur la question d'identité d'objet.

De tous ces développements, résulte l'idée maîtresse : les *operæ* sont des *res* pour les jurisconsultes romains et nous avons vu l'importance de cette démonstration pour la nature de l'action qui les sanctionne. Cette notion du travail, conclut M. Thélohan, est un peu surprenante. Pourtant le travail à Rome est l'apanage des esclaves, eux-mêmes propriétés de leurs maîtres ; disposant de leurs personnes et de leur activité, ceux-ci furent amenés à confondre le travail et le travailleur, le *servus* et ce que les textes appellent les « *fructus servi* ». Cette notion subsista pour les *operæ* des hommes libres, plus particulièrement pour celles des *liberti* sortant à peine de l'esclavage et elle explique bien des détails de textes qui, sans elle, resteraient énigmatiques.

---

(1) D., 45, 2, 15. M. Thelohan (p. 376, note 1) signale une explication du texte de Julien ne rapportant pas aux *alienae operae* le « *et ideo nihil prohibet duos reos stipulandi constitui, vel promittendi* ». Julien expliquerait que la corréalité en matière d'*operae* est possible, parce que la promesse d'*alienae operae* est valable.

D'où quelques systèmes sur la corréalité : chaque débiteur corréal représente l'autre pour partie (Brinz); tout débiteur corréal promet son fait et celui d'autrui (Hölder).

Mais cette interprétation ne rend pas compte de la corréalité active que vise cependant Julien en termes exprès.

B. — La doctrine de M. Biondi (1).

Après une nouvelle étude des sources, M. Biondi conclut à l'existence d'une action prétorienne qui serait le *judicium operarum*. Il a pu reconstituer sa formule, analogue à celle de l'*actio certæ pecuniae* (car les *operae* ne sont pas, pour l'auteur, des *res*), et surtout résoudre le problème de son passage aux héritiers. Ces recherches ont permis une fois de plus de constater les nombreuses interpolations que Justinien a fait subir aux textes des juristes classiques.

La théorie de M. Biondi comporte six divisions : il examine d'abord les diverses explications de l'édit *de operis libertorum*, et montre leur insuffisance ; puis, il met en lumière la nature particulière du *judicium operarum* et sa structure originale. Il résoud ensuite la question de sa transmissibilité héréditaire, cherche quelle peut être l'origine de l'institution et enfin propose quelques conjectures sur son évolution et son passage du droit primitif au droit classique.

I. — *L'édit. Critique des doctrines proposées.*

Ulpien dans le livre 38 de son commentaire de l'Edit (2), nous parle en termes assez précis d'un *judicium operarum* promis par le préteur et dans le livre 42 (3) nous le montre déjà connu de Rutilius Rufus, préteur vers 636 an. U. (4).

Ce sont tous les renseignements que nous possédons au sujet de l'activité prétorienne en matière d'*operæ*

---

(1) *Annali della facolta di giurisprudenza dell'universita di Perugia*, T. 28 année 1914, pages 55 sq.

(2) D., 38, 1, 2.

(3) D., 38, 2, 1, 1.

(4) Girard, *Z. S. S.*, T. 14, page 35, note 6.

et, si l'on y joint la certitude que nous donnent les textes de la naissance de l'*obligatio operarum* aussi bien du *jusjurandum* que de la stipulation, toutes les données du problème. Il semble, sans doute, que du contrat *verbis* ne puisse résulter qu'une action civile *operarum*, mais du serment qui, dans ce cas unique, est sanctionné, nous ne savons rien.

Il est vrai qu'en faisant, comme beaucoup d'auteurs (1), dériver la *sponsio* du serment, on arrive comme conclusion de cette évolution à poser en principe dans les deux cas, l'existence d'une action civile. Mais point n'est besoin de cette opinion doctrinale : les sources ne mentionnent qu'un seul *judicium operarum*. Or, si du contrat *verbis* ne peut naître qu'une action civile, il faudrait logiquement voir dans cet unique *judicium* une sanction du *jus civile*. Pourtant « *prætor pollicetur se judicium operarum daturum* ». Une action civile promise par un édit prétorien semble impossible. Comment expliquer cette anomalie ?

M. Lenel, d'une manière élégante, mais trop simpliste, a fait disparaître la difficulté. L'édit de *operis libertorum* n'a pas créé l'action, mais il l'a laissée subsister : son but fut de refuser dorénavant toute sanction aux *libertatis causa imposita*, mais de maintenir le *judicium operarum*, existant bien antérieurement à l'édit. Il faut reconnaître que D, 38,2,2, semble confirmer cette manière de voir : Rutilus « *edixit se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem* ».

---

(1) M. Marchi (*Storia e concetto della obligazione romana*, pp. 103-104) reconnaît le caractère religieux de la *sponsio* et (p. 105) y voit une transition du *jj.* à la stipulation. La *sponsio* aurait été originairement un moyen solennel de créer une obligation de garantie. M. Bonfante (*Instituzioni*, p. 447 sq.), tout en constatant l'opinion dominante, ne se prononce pas et admettrait plutôt la théorie de M. Mitteis sur la *sponsio* créatrice de l'obligation au cautionnement dans la procédure. M. Costa (*Storia del diritto romano*, t 2, p. 217 sq.) y voit (p. 219) une manifestation primitive de volonté entre deux *cives*, dérivant de l'ancien mode de l'obligation primitivement contractée par le *civis* envers la *civitas*.

Mais pourquoi Ulpien (1) parlerait-il d'un *judicium* promis par le préteur, car il faut admettre, d'après les termes mêmes du texte, qu'il a devant lui un édit promettant et non pas permettant l'action. « *Prætor pollicetur se daturum* » au lieu de « *edixit se amplius non daturum quam* », il y a entre ces deux expressions toute la différence entre un futur et un passé. M. Segrè, attribuant aux compilateurs le « *igitur* » de « *Igitur prætor pollicetur* », conjonction qui liait la phrase au *pr.* du texte (2) dans lequel le préteur refuse la *persecutio* des *libertatis causa imposita*, a enlevé à la thèse de Lenel son dernier appui.

M. Segrè, adoptant néanmoins les conclusions de la doctrine qu'il combat, a cru que l'édit *de operis* avait bien muni d'une action prétorienne la créance *ex jure-jurando* d'*operæ*, mais que celles promises par stipulation étaient pourvues d'une action civile. Plus tard, la sanction prétorienne tomba en désuétude, et, par un processus dû, peut-être, à la coutume, fut remplacée par l'action civile du contrat *verbis*.

Cette opinion, sans base positive, ne comportant que des déductions tirées de vraisemblances, est loin de surmonter toutes les difficultés. Pour que l'action civile naissant de la stipulation puisse s'appliquer au cas de serment, il faut une certaine parenté entre ces deux extrêmes. Or, on n'a jamais pu prouver que la *sponsio* dérive du *jj.*

D'une part, et Segrè lui-même le reconnaît, le droit classique voit dans le *jj. liberti* la source d'obligations civiles et les textes (3), un cas d'application de l'*acceptilatio*, mode d'extinction uniquement réservé pourtant aux obligations civiles *verbis*.

---

(1) D., 38, 1, 2, 1.

(2) D., 38, 1, 2, *pr.* et 1.

(3) D., 46, 4, 13, *pr.* M. Segrè, suivant l'opinion de M. Ferrini (*Pandette*, p. 645, note 1), propose de voir dans le *verius est* du texte une interpolation des compilateurs à la place d'une négation primitive. Voir la réponse de Lenel (*Edictum* ², p. 328, note 3).

D'autre part, admettre l'existence d'une obligation prétorienne dans le domaine du *jus civile* (1), c'est conclure à la confusion de ces deux sources du droit. Rien n'est cependant moins prouvé, et l'indépendance et l'autonomie des formules *in jus* et *in factum* en matière de commodat, de *N. G.*, et de dépôt l'attestent suffisamment (2).

Nous arrivons donc à une conclusion purement négative en matière de *judicium operarum*. Faut-il se résigner à y voir une énigme insoluble ? M. Biondi ne le pense pas et attribue le résultat auquel sont parvenus ses prédécesseurs d'abord à une mauvaise interprétation des sources, et en second lieu à la manière défectueuse dont a été posé le problème.

II. — *Nature du judicium operarum.*

Le serment, nous le savons, n'a en dehors des *operæ liberti* aucune force obligatoire. Aussi, ne peut-on en faire l'objet d'une démonstration relative au *judicium operarum*. M. Biondi voudrait prouver que ce dernier est différent de l'action qui naîtrait *ex jjdo*. Or, il est

---

(1) M. Wlassack a soutenu que du *jus honorarium*, les actions pouvaient passer dans le *jus civile*. M. Biondi (p. 58, note 1) réfute cette opinion. C'est admettre en effet une compénétration de ces deux domaines et une symétrie dans leurs applications qui sont loin d'être prouvées. C'est ainsi que pour la *negotiorum gestio*, l'action prétorienne accordée au *gestor* ne coïncide pas avec l'action civile aussi bien pour son contenu que pour ses cas d'application. Lenel, en effet (*das Ed.*², p. 101) admet que l'édit a seulement en vue l'hypothèse de la *defensio absentis*.

(2) Pour le dépôt et le commodat, la formule *in factum* aurait été la plus ancienne et la plus importante, car ce serait elle qui ferait l'objet des commentaires traitant du contrat qui y correspond (Girard, *Manuel* ⁶, p. 537 ; Lenel, *das Ed.*², p. 246, 247). Puis la formule *in jus*, marquant l'intervention du droit civil, a fait des conventions de dépôt et de commodat, des contrats synallagmatiques imparfaits avec une double action : directe et contraire, transformant ainsi des conventions antérieurement sanctionnées *jure praetorio* en véritables contrats. Il s'agit donc là d'une succession et non d'une coexistence des diverses sanctions. Il en est de même (Girard, *Man.*⁶, p. 635) pour les actions naissant de la *N. G.*, si toutefois on admet en cette matière l'existence d'une action prétorienne.

bien connu qu'en dehors de la matière des services de l'affranchi, le serment n'est nullement sanctionné et qu'il n'y a aucune action *ex jj.do.*

Force est donc de se contenter de la stipulation ; nous posons le principe : le *judicium operarum* n'est pas l'action naissant de la stipulation ordinaire. Qu'est-ce, en effet, que la promesse d'*operæ* faite par contrat *verbis* ? C'est une stipulation de *facere*, donc en droit classique, *stipulatio incerta.* C'est d'ailleurs ce que dit Ulpien (1) : « *Qui id quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur* ». Sans doute, on refusera toute autorité à Justinien (2), du moins pour l'époque classique. Mais il faut reconnaître que pour Gaius (3), une telle stipulation est aussi *incerta.* Dans le modèle de formule donné par lui dans le cas où : « *si cum ipso agamus qui incertum promiserit* », on relève la phrase : « *Quod A^s A^s N^o N^o incertum stipulatus est... quidquid ob eam rem... facere oportet* ». Autres preuves : la *stipulatio generis* est *incerta* (4). Or, Julien (5) nous apprend que « *operarum stipulatio similis est his stipulationibus in quibus genera comprehenduntur* ».

Il n'y a d'ailleurs pas lieu de s'arrêter à la théorie de M. Koschembahr-Lyskowski soutenant que dans certains cas la stipulation de *facere* peut être *certa* ; les affirmations catégoriques de Gaius et d'Ulpien ne permettent pas une pareille opinion.

Si la *stipulatio operarum* est *incerta,* le patron devrait bénéficier, pour son exécution, d'une action semblable à celle dont Gaius nous donne la *demonstratio* et l'*intentio* de la formule (6).

---

(1) D., 45, 1, 75, 7.
(2) *Inst.*, 3, 15. 7.
(3) *Com.*, 4, 136.
(4) D., 45, 1, 75, 1.
(5) D., 45, 1, 54, 1.
(6) 4, 136.

Cependant, de nombreux textes (1), en matière de stipulations du *libertus*, au lieu d'employer le terme *facere*, seul logique, disent volontiers *dare operas*. C'est donc que les juristes, se fondant peut-être sur la pratique, auraient vu dans cette obligation aux *operæ*, au lieu d'un *facere*, une stipulation de *dare*. Dès que dans celle-ci, les trois termes « *quid, quale, quantum* » auraient été bien précisés (2), on tomberait dans un exemple de *stipulatio certa* et l'*obligatio operarum* aurait une *condictio* pour sanction.

Mais le texte de Julien (3) assimilant la *stipulatio operarum* à une *stipulatio generis*, lui donne le caractère de *stipulatio incerta*. D'autre part, nous savons que le *judicium operarum* était connu de Rutilius Rufus en l'année 636 *Urbis* ; donc, il était usité bien antérieurement à l'époque où, grâce à une extension du concept de la *certa res*, on pût faire sanctionner la stipulation de *facere* par une *condictio rei* (4).

Enfin, Pomponius (5) dit que : « *perinde enim operæ a libertis ac pecunia credita petitur* ». Toutefois, on

---

(1) D., 37, 14, 6, 1 ; D., 40, 7, 4, 4.
(2) D., 45, 1, 75, *pr.*
(3) D., 45, 1, 54, 1
(4) Pernice (*Labeo*, III, p. 203) et Lenel (*das Ed.* ². p. 153) s'accordent à placer cette époque dans les environs du règne de Trajan. Trampedach (*Z. S. S.*, T. 17, p. 113) soutient que Julien suivant l'exemple donné par Ariston et Celse en matière de *condictio furtiva possessionis*, aurait été sous le règne d'Hadrien le véritable novateur. Trampedach voit dans la *condictio incerti* une création des juristes, d'abord limitée à quelques cas particuliers. Julien, laissant de côté le vieux principe : la *condictio* est la *repetitio dati*, se serait basé uniquement sur le *negotium* intervenu entre le donateur et le gratifié, acte en vertu duquel la prestation a été faite, et aurait créé tout d'abord le principe de la *condictio sine causa* qui, dans sa généralité comprend celui de la *condictio incerti*. Ulpien (D., 13, 1, 12, 2) nous apprend d'après Neratius qu'Ariston pensait déjà qu'en cas de vol d'une chose remise en gage, on devait agir par la *condictio incerti*. (Cf. Trampedach, p. 399, qui voit dans cette *condictio* non pas la *condictio furtiva*, mais la *condictio possessionis*).
(5) D., 38, 1, 4.

ne peut voir, malgré Pomponius, dans l'obligation *operarum* une variété de l'obligation de *dare certam pecuniam*. Ce serait difficilement conciliable avec le caractère essentiel de *facere* qui subsiste en matière d'*operæ*. D'ailleurs, le *judicium operarum* est connu du préteur Rutilius (636, A. U.) ; or, postérieurement, Cicéron (1) nous dit : « *Pecunia petita est certa... hæc pecunia necesse est aut expensa lata aut stipulata... præterea quemadmodum certam pecuniam petere possit non reperio* ». Ce texte implique : 1° que l'action *certæ creditæ pecuniæ* ne peut se donner que dans les trois cas limitativement indiqués de : *pecunia data, expensilata, stipulata*.

2° Que Cicéron ne connaît pas d'autres cas : d'où exclusion de la *stipulatio operarum*.

Concluons donc de toutes ces données que le *judicium operarum* est une action *sui generis* ne s'identifiant pas avec l'action habituelle qui naît de la stipulation.

III. — *Structure du judicium operarum.*

On a généralement repris avec plus ou moins de modifications la conjecture de Demelius relativement à la formule du *judicium operarum*. Il nous faut procéder à une nouvelle révision des sources.

Pomponius (2) rapportant l'opinion d'Ariston déclare que « *operæ a libertis ac pecunia credita petitur* », Ulpien (3) croît que celles-ci « *quasi in pecuniæ præstatione consistunt* » et l'Empereur Alexandre (4), prévoyant le cas de la non-prestation par le *libertus* d'*operæ indictae*, déclare que « *exactionem ob-*

(1) *Pro Roscio*, 4, 13 ; 5, 14.
(2) D., 38, 1, 4.
(3) D., 38, 1, 6.
(4) C., 6, 3, 7, *pr.*

sequii non præstiti æstimatio convertatur ». Celse que cite Ulpien (1), donne à l'affranchi qui a indûment fourni ses services une *condictio* (2) laquelle, vu l'impossibilité de la restitution en nature, concerne l'*æstimatio pecuniaria* des *operæ* prestées : « *posse condici quanti operas essem conducturus* ». Mais alors, il s'agit d'une *condictio certæ creditae pecuniae* (3). On peut donc se prévaloir d'un argument *a contrario*. Si pour répéter les

(1) D., 12, 6, 26, 12.

(2) M. Biondi admet la corruption de D., 12, 6, 26, 12. et reconstitue ainsi le texte : de *libertus cum se putaret...* à *repetere non potest, sed*, aucune interpolation ; de *si operas patrono* à *et Celsus*, passage interpolé. Suit un texte sûr : *Celsus libro VI Digestorum*, etc. ; puis de *putat eam esse causam* à *sic in proposito*, passage suspect ; enfin la conclusion : *Celsus... ait posse condici quanti operas [essem] esset conducturus*, appartient bien à la rédaction originaire.

Dans les passages dits interpolés, M. Biondi relève des formes défectueuses : *opportunitas naturalis* et des chevilles : *et ideo, interdum*, etc., des expressions impropres : *refundere* (Voir Beseler, *Beiträge*. III, p. 148), *hoc solum refundere debes quod ex pretio habes*, de brusques sautes de genres : *qui potest*, que suivent les pluriels *praestemus, condicimus*, ce qui n'empêche pas l'arrivée dans la phrase suivante de *dedi, condico, feci*.

Quant à l'opposition entre *fabriles* et *officiales*, elle est trop chère aux compilateurs pour qu'ils n'aient pu se dispenser de l'introduire ici.

La phrase : *hae, inquit, operae recipiunt aestimationem* semble étrangère aux idées de Julien : ce n'est pas l'impossibilité de répéter la prestation fournie qui porte Julien à refuser la *repetitio*, puisque celle-ci est encore niée au cas où le *libertus* avant de fournir les *operae in natura « decidit pecunia et soloit »* ; le véritable motif est que Julien a ici bâti à la charge du *libertus* une obligation naturelle. Aussi est-ce à tort, semble-t-il, que Beseler (p. 148) supprime le *natura enim operas patrono libertus debet*.

(3) Pflueger (*Z. S. S.*, t. 18, p. 105) s'appuyant sur le *licet aliud praestemus, aliud condicimus*, admet ici l'existence d'un cas de *condictio certae creditae pecunia*. Baron et Bekker (*Condictionen*, p. 2 ; *Actionen*, p. 110) y voient une *condictio incerti* avec l'*intentio : si paret quanti operas esset conducturus dare oportere*. Pernice (*Labeo*, 3, p. 210 et p. 85, remarque 4) pense à une formule de *dare operas* et à une *condictio certae rei*.

Pflueger admet donc une *condictio certae pecuniae* relative au *quanti operas esset conducturus*.

Mais dans son *Ciceros Rede* (p. 24), Pflueger change d'idée et croit à l'existence d'une *condictio certae rei*, mais il se refère uniquement au cas où le *judicium operarum* aurait la même formule que cette *condictio*.

Sur le texte : D., 44, 5, 1, 10 et 11 où Ulpien citant Cassius accorde à l'affranchi une *condictio* contre son patron, lorsque les prestations, autres que les *operae*, prestations qu'il a fournies, ont été déléguées par celui-ci à un tiers, alors que dans les rapports directs entre patron et *libertus*, ce dernier jouirait de l'*exceptio onerandae libertatis causa*, voir Duquesne (*Mélanges Girard*, 1, p. 404 sq.).

operæ indebitæ, on peut employer la *condictio certae creditæ pecuniæ* », pour les demander lorsqu'elles seront réellement dûes, l'action doit être d'une nature analogue, symétrie logique entre le *petere* et le *repetere* (1). Pomponius ne dit pas autre chose : il affirme que la *petitio* des *operæ libertorum* est semblable à celle de la *pecunia credita*.

Enfin Ulpien atteste l'usage du serment *in jure* dans le *judicium operarum* : « *etiam de operis jj deferri potest* ». Or, le livre 26 *ad Ed.* dont est tiré ce texte se réfère au serment *in jure* de l'édit « *si certum petetur* ». Ce serment ne s'applique en dehors du *judicium operarum* qu'à la *condictio certæ creditæ pecuniae* et à l'action *de pecunia constituta*, mais non à la *condictio certæ rei*. Donc, le serment ne s'appliquait qu'aux seules actions ayant pour objet une « *certa pecunia* ».

Ces remarques faites, M. Biondi détermine la formule de notre *judicium*. Basée sur la stipulation, l'obligation déduite en justice par le patron était une obligation civile ayant comme *intentio*, l'expression des prétentions du demandeur : « *si paret X operas dare oportere.* » Mais la *condemnatio* est bien plus difficile. Admet-on avec Lenel, le « *quanti ea res erit* » (2), il est impossible de le concilier avec le « *perinde enim operæ a libertis ac pecunia credita petitur* » de Pomponius. Il faut donc que l'objet de la *condemnatio* soit

---

(1) Pernice (*Labeo*, 3, p. 210) fait le même raisonnement : si les *operae* sont déduites en justice par la *condictio certi*, c'est une action semblable qui doit servir à leur *repetitio*. La nature de la déduction ne change pas, malgré l'inversion des termes.

(2) Lenel (*das Edict.* ², p. 328 et note 8) semble s'appuyer sur Ulpien (D., 50, 16, 193) : « *haec verba « quanti eam rem paret esse » non ad quod interest sed ad rei aestimationem referuntur* », bien qu'il ait fait suivre ce texte d'un point d'interrogation. Le livre 38 *ad Ed.* dont il est tiré traite bien des *operae libertorum*, mais aussi d'autres actions (*das Ed.*², p. 322) et le frg. 193 que Lenel (*loc. cit.*) exclut du *furtum manifestum* et que dans sa *Palingenesie* (2 *Ulpianus*, Col 679, n° 1056), il range dans ledit *furtum* est à bon droit suspect. Mais en admettant son admission dans la rubrique de l'Edit *de furtis*, son application serait limitée à la *condictio furtiva*.

une *certa pecunia* : l'*aestimatio* des *operæ*. C'est pourquoi cette estimation sera faite *in jure*, par le préteur qui dans la *condemnatio* (1) mentionnera la somme ainsi fixée. Cette dernière était d'ailleurs obtenue par un procédé presque mécanique. La stipulation était toujours relative à un nombre fixé d'*operæ* et Paul (2), nous apprend que l'*opera* était une journée de travail. Le rôle du préteur se bornait donc à multiplier le prix d'un « *diurnum officium* » par le nombre d'*operæ* promises et à en porter le résultat dans la *condemnatio* (3).

Le principe de l'*æstimatio* prétorienne *in jure* est confirmé par deux textes. Dans l'un (4), l'activité du magistrat est nettement mise en relief par les expressions « *actio danda sit* » et « *prætor quoque sentit* ».

---

(1) M. Koschembahr-Lyskowski a cru à l'existence d'un *arbitrium in jure* pour l'*aestimatio* de l'objet de la *condictio*, idée repoussée par Lenel (*Edictum* ², p. 152, note 8). Mais le juge en présence d'une *intentio* telle que *C. dare oportere*, somme résultant de l'*aestimatio* de l'objet dû, aurait pu conclure avec un *non paret*.

Cette objection ne peut concerner la thèse de M. Biondi : l'*aestimatio* objective des *operae* est faite par le préteur et la somme qui résulte de son évaluation est mise non dans l'*intentio*, mais dans la *condemnatio*.

Sur la question de savoir si le demandeur dans la *condictio certae rei*, pouvait seulement faire une *petitio* relative à l'*aestimatio* ou bien demander tantôt *rem ipsam*, tantôt *aestimationem* (et si la première idée n'était pas la règle en cas de choses fongibles), voir M. Von Mayr (*Z. S. S.*, t. 24, p. 277). Cet auteur remarque qu'on s'est basé sur des textes trop généraux (exemples, notes 7 et 8) parlant de *ipsum aut tantumdem*, à propos de *condictio* et sur d'autres qui permettent au demandeur d'exiger *aut rem aut pretium*. Il considère la théorie de l'alternative comme sans appui dans les textes, mais constate que la formule de la *condictio triticaria*, relative à l'*aestimatio* de la chose, se rapproche de la *condictio certae pecuniae* et comme elle, partage les dangers de la *plus petitio*, déductions qui l'amènent à une réponse affirmative à la question : une action *certae creditae pecuniae* peut-elle résulter, d'après les circonstances, de la *condictio triticaria* ? Ce sera alors en vertu du principe que la *certa res* peut donner lieu à l'*actio certae creditae pecuniae* quand elle est susceptible d'une détermination pécuniaire.

(2) D., 38, 1, 1.

(3) Ce procédé mathématique devait être d'une application assez complexe dans le cas prévu par D., 38, 1, 26, cas où un *medicus* a stipulé de son *libertus, medicus* lui-même, le non-exercice de son métier et dans celui prévu par D., 38, 1, 39, où un patron a stipulé de son affranchi : *Si X dierum operas non dederis, XX nummos dari spondes ?*

(4) D., 38, 1, 39.

Le paragraphe 1 implique un lien étroit entre la concession de l'action et l' « *æstimatio* », si bien que l' « *impetrare ne majoris summæ quam XX condemnatur* » doit se référer, non pas à la condamnation par le juge, mais à la somme à fixer dans l'*æstimatio*, somme que le préteur mentionnera dans la *condemnatio* de la formule. D'ailleurs, on relève l'expression « *impetrare* » qui, techniquement, ne s'emploie *in jure* que devant le magistrat et qui n'aurait aucun sens, si la *condemnatio* dont parle le texte est celle qui est prononcée *in judicio* par le juge.

L'autre texte (1) prouvant indirectement l'existence d'une *æstimatio operarum in jure* est celui où Celse cité par Ulpien décide que le *libertus* ayant fourni des *operæ indebitæ* « *posse condici quanti operæ esset conducturus* ». Comme il s'agit ici d'une *condictio certæ pecuniæ*, il a fallu l'*æstimatio* antérieure des *operae in jure*. Or, si pour la répétition des *operæ indebitæ* une semblable estimation devait avoir lieu, il est logique d'en affirmer l'existence à la même époque et par les mêmes procédés dans la *petitio* d'*operæ* dues et *indictæ*.

IV. — *Passage aux héritiers du judicium operarum.*

Les résultats obtenus permettent à M. Biondi de résoudre le problème de la transmissibilité héréditaire de l'*actio operarum*. Il faut d'abord poser le principe de la complète indépendance du droit au patronat et de la vocation héréditaire. En droit classique, seuls les descendants agnatiques et non pas les héritiers, ont droit aux *operæ*. Pomponius (2) déclare que ce droit « *nec hoc quicquam commune habet cum hereditate aut* B. P. »

(1) D., 12, 6, 26, 12.
(2) D., 38, 1, 4.

et Ulpien (1) en déduit que l'on doit donner aux enfants « *ex inequalibus partibus (testamento) instituti* » la *petitio operarum* non pas « *pro portionibus hereditariis* », mais par parts égales.

Donc le droit classique reconnait que les *operæ* doivent aller aux fils, mais non aux *heredes extranei*. On a dit que Justinien leur avait accordé cette faculté. Nous verrons la nature et la portée différentes de la réforme qu'on lui attribue.

Pour solutionner la question de la transmissibilité, les juristes ont été amenés à une distinction entre les services de l'affranchi. Les *operæ* sont *praeteritae*, si elles ont déjà fait l'objet de l'*indictio* patronale, *futuræ*, dans le cas contraire. Lorsqu'elle sont *præteritæ*, le patron, le temps une fois écoulé dans lequel elles devaient être fournies, peut exercer le *judicium operarum*, car elles ne peuvent plus faire l'objet d'une prestation en nature (2). Il est probable que le droit classique permit même à l'*heres extraneus* de bénéficier de ces *operæ præteritae*. Car si l'*obligatio operarum* est dans son essence de caractère étroitement personnel et familial (d'où son intransmissibilité), après l'*indictio* du patron et la non prestation des services, il ne s'agit plus d'*operæ*, mais simplement d'une obligation de somme d'argent dont le patron était créancier. La constitution d'Alexandre le dit implicitement : « *si indictæ operæ proestitae non sint, ad pecuniae exactionem obsequii non præstiti aestimatio convertatur* » (3). Cette trans-

---

(1) D., 38, 1, 7, 6.

(2) D., 38, 1 3, *pr.* ; D., 38. 1, 13, 2.

(3) On trouve dans les textes quelques applications de cette idée :

D., 38, 1. 30, 1. Celse donne au patron l'*actio operarum* contre l'affranchie qui s'est mariée avec son consentement, mais seulement pour les *operae ante nuptias praeteritae*.

D , 38, 1, 40. Papinien laisse au patron l'action relative aux *operae* qui sont devenues *praeteritae*, après la *bonorum venditio*.

On peut même déduire de l'idée sus-indiquée que dans certains cas la prestation de l'*aestimatio* a efficacité libératoire.

formation n'est du reste pas sans analogie. Quand un tiers s'est obligé *ex delicto*, la créance de cette obligation qui appartient à sa victime, vestige de la vengeance privée du droit primitif, est purement personnelle. On la considère comme une transaction relative à l'exercice de cette vengeance et elle ne peut pas être transmise aux héritiers. Mais dans la procédure formulaire, dès que cet ancien droit de vengeance transformé en créance et déduit en justice, fait l'objet d'une *litis contestatio*, l'obligation qui en résulte est de ce chef novée et c'est une autre qui, ayant un caractère et un contenu patrimoniaux, va pouvoir passer aux héritiers.

Tout change sous Justinien. Le caractère strictement personnel des *operæ* est si méconnu que même les *futuræ*, celles que le patron n'a pas encore réclamées et qui ne sont pas *in rerum natura* passent à l'*heres extraneus* et à *fortiori* les *præteritae*, quooqu'il n'y ait plus que nominalement de *litiscontestatio*. A la distinction faite par le droit classique entre *operæ futurae* et *praeteritæ* relativement à leur passage aux *heredes extranei*, Justinien oppose celle des *officiales* et des *fabriles* ; mais, respectueux d'une tradition qu'il déforme, il déclare que les premières seules sont transmissibles à l'*heres extraneus*. M. Biondi entreprend la démonstration de cette réforme par l'interprétation de différents textes.

I) D, 38, 1, 4. Le passage « *nam etiam præteritarum operarum actionem dari heredi extraneo sine metu exceptionis placet* » est considéré généralement comme interpolé. En tout cas, l'*etiam* l'est sûrement. Il se rapporte en effet aux *operæ praeteritae* ; or, quel aurait pu être le sens de cette phrase : « on peut aussi donner à l'*heres extraneus* une *actio præteritarum operarum* » ? Si elle peut être aussi donnée en matière d'*operæ praeteritae*, c'est qu'elle l'était aussi même pour

les *operæ futurae*, ce qui est impossible en droit classique. L'*etiam* est donc une addition des compilateurs voulant attribuer même les *operæ futurae* aux *heredes extranei*. Au contraire, Pomponius dans le texte originaire après avoir posé le principe d'Ariston « *operæ a libertis ac pecunia credita petitur* », en déduisait tout naturellement la transmissibilité des *praeteritae* à l'*heres extraneus*, sans avoir à employer le terme *etiam*, puisque seules, les *praeteritae* remplissaient la condition d'être « *perinde ac pecunia credita* ».

II) D, 38, 1, 6. — « *Fabriles operæ certeraeque quæ quasi in pecuniae praestatione consistunt, ad heredem transeunt, officiales vero non transeunt* ». Voilà nettement posée une distinction entre *fabriles* et *officiales*. Est-elle d'Ulpien ? Si on compare ce texte avec celui de Pomponius (cité supra), on en relève le caractère singulier. Pomponius ne fait aucune distinction entre *officiales* et *fabriles* ; il pose le principe : les *operae praeteritae* se demandent « *perinde ac pecunia credita* » ; après l'*indictio*, l'*obligatio operarum* ayant un caractère pécuniaire passe aux héritiers *extranei*. Aussi en conclurons-nous que dans le passage d'Ulpien les compilateurs ont dû remplacer « *praeteritae* » et « *futurae* » par « *fabriles* » et « *officiales* ». On peut avec le texte de Pomponius restituer à D, 38, 1, 6, sa forme primitive :

Frg. 6. [*Fabriles*] *Præteritæ operæ* [*ceteræque*] *quæ quasi in pecuniæ præstatione consistunt, ad heredem transeunt;* [*officiales*] *futuræ vero non transeunt.*	Frg. 4... *perinde enim operæ a libertis ac pecunia credita petitur, nam* [*etiam*] *præteritarum operarum actionem dari heredi extraneo sine metu exceptionis placet.*

III) D. 38. 1. 9. 1. — « *Sed officiales quidem futurae...* (1). C'est encore une addition des compilateurs

(1) Sur le *futurae*. M. Mommsen (D., h. t.) et sa correction : *operae in re-*

que cette opposition entre *officiales* et *fabriles*. Mais, ici, elle est tangible, et le « *futuræ* » qui vient étrangement s'accoler à « *officiales* », prouve et la maladresse du juriste byzantin et le peu d'efficacité de la censure de Tribonien. On peut ainsi reconstituer le texte : « *Sed (officiales) quidem futuræ* (1), *nec cuiquam alii deberi possunt quam patrono, (cum proprietas earum et in edentis persona et in ejus cui eduntur consistit) et liberis ejus, (fabriles) praeteritae (aliæve) ejus generis sunt, ut (a quocumque) cuicumque solvi possint (sane enim si in artificio sint, jubente patrono et alii edi possunt).*

III) D, 29, 2, 20, 2. «...*Cum petitio earum (etiam) creditoribus competat (et maxime futurarum)* ». La Florentine porte : « *cum petitio earum etiam creditoribus competit* » ce qui n'offre aucun sens. Cujas (2) corrige : « *etiam non heredibus* » et Mommsen « *etiam liberis tanquam creditoribus* ». Il est sûr d'ailleurs que le « *etiam* » est interpolé. Ulpien aurait voulu dire que même les fils peuvent obtenir la *petitio operarum*, alors qu'on sait qu'en droit classique elle était presque (3) exclusivement réservée aux descendants agnatiques.

Au contraire, aucune expression n'est plus naturelle sous la plume des compilateurs et elle offre le même sens que dans D, 38, 1, 4. où il s'agit de donner la *petitio* des *operæ futurae* même à l'héritier étranger.

---

rum natura non sunt, sed futurae. Officiales quidem... Mitteis (*Z. S, S.*, t. 23, p. 152) supprime cet étrange *futurae;* Albertario fait de même et étend la suppression à *quidem*.

(1) Ulpien n'avait sans doute pas besoin de mentionner les *operae* dans le texte cité, car dans le *pr.* de ce texte il avait dit : «*operae in rerum natura non sunt.* »

(2) *Opera*, t. 4, p 599 ; Leist-Glück, *Bücher* 37-38, 1, p. 218 ; Schulting, *Notae ad Digesta*, V, p. 129, paragraphe 2, adopte la correction de Cujas.

(3) En effet, la *petitio* des *operae praeteritae* n'était plus leur apanage exclusif, puisqu'elle pouvait passer aux *heredes extranei* : elle revêtait alors le caractère d'une simple créance ordinaire de somme d'argent.

C'est dans cette intention que fut également interpolé le « *et maxime futurarum* ». Seuls des compilateurs parlant du droit du fils aux *operæ* peuvent dire « *et maxime futurarum* » parce qu'ils pensaient que l'*heres extraneus* avait droit même aux *operæ futuræ*.

V) D, 38, 1, 29. Ce texte présente des traces d'interpolation, d'une nature d'ailleurs un peu différente. Il dit : « Si le patron a intenté le *judicium operarum* contre le *libertus* et qu'il meure, la *translatio judicii* ne s'opèrera pas au profit de l'*heres extraneus* : « *translationem..... non esse dandam* ». Ce « *non* » est à bon droit suspect. Cujas et Mommsen l'effacent, admettant avec le droit classique une solution opposée. Erreur de copiste, dira-t-on, mais le « *non* » figure dans les Basiliques (1). C'est donc qu'il a été ajouté par les compilateurs ; car, refuser la *translatio judicii* à l'*heres extraneus* après la *litis contestatio*, peut être même après une condamnation dans le *judicium* intenté par le patron, serait à l'époque d'Ulpien, une anomalie sans exemple.

Les obligations pénales elles mêmes passent aux héritiers après la *litis contestatio*. La fonction novatoire du jugement n'a jamais été mise en doute. L'affranchi ayant deux fils est bien exonéré de la prestation des *operæ* par les lois *Julia* et *Pappia* (2), mais s'il a été condamné *operarum nomine* et si postérieurement il a des enfants « *non potest liberari quoniam jam pecuniam debere cœpit* ». Il y a eu substitution à l'*obligatio* d'*operæ* d'une obligation purement pécuniaire, et ce, du fait de la *condemnatio*.

Par une interpolation qui semble contraster avec leur doctrine ordinaire (3), les Byzantins ont posé un prin-

---

(1) *Basiliques*, 49, 3, 28 (*Heimbach*, 5, p. 16).
(2) Julien, D., 38, 1, 37, 6, cité par Paul.
(3) Albertario remarquant que le travail des compilateurs sur ce texte

cipe général dans ce texte « *filio autem et si heres non exstat... tamen* (*translatio judicii*) *omnimodo competit* ». Ils ont posé la thèse « *convenit translationem heredi extraneo non esse dandam* » pour formuler l'antithèse « *filio autem* etc. » ; mais celle-ci nous révèle, par les expressions qui y sont employées, une facture de nature tribonienne. Le texte prévoit comme un cas particulier : « *et si lis contestata non fuerit* ». C'est possible sous la procédure extraordinaire où la *litis contestatio* ne figure plus qu'*honoris causa*. Mais les juristes classiques supposent toujours la mort du patron après la *litis contestatio*, car c'est à cette époque seulement que peut se poser la question de la *translatio judicii*. Les *operæ*, nous dit encore le texte, appartiennent au fils « *et si heres non exstat* ». Or, Gaius (1), au sujet du *jus receptum* déclare : « *Cum libertus promiserit patrono operas se daturum.... constat liberis ejus ita demum deberi si patri heredes exstiterint* ».

V. — *L'origine du judicium operarum.*

Les résultats ainsi obtenus permettent à M. Biondi de résoudre le problème de l'origine civile ou prétorienne du *judicium operarum*.

La théorie de Lenel : de la stipulation ne nait qu'une action civile, est à rejeter ; car le *judicium*, nous l'avons vu, est une action différente de celle qui nait du contrat *verbis*. D'où ce dilemne : action du *jus honorarium* ou action du *jus civile*. En faveur de cette dernière opinion, il n'y a aucun indice probant. En faveur de la première, il y a le texte précis d'Ulpien où dans un

---

est d'une nature un peu différente de celui qu'ils accomplissent généralement sur le titre D., 38, 1, y voit la preuve que D., 38, 1, 29, appartient peut-être à un ensemble de frgs. différent de celui qui constitue la masse du titre 1er du livre 38.

(1) D., 38, 1, 22, 1.

édit « *prætor* (1) *pollicetur se jud. op. daturum....* » et beaucoup de textes (2) qui mentionnent le « *dare judicium* » en matière d'*operæ*. Or *dare* est l'expression technique de l'*editio* des actions prétoriennes (3).

Mais l'obligation, objecte-t-on, telle que nous l'avons étudiée dans la *stipulatio operarum* sera civile. Cette

---

(1) L'autre édit dont parle Ulpien (D., 38, 2, 1) n'est pas un argument décisif pour l'origine prétorienne de l'action ; il a trait plutôt à des refus d'actions et concède ensuite les actions *operarum* et *societatis*.

Pernice (*Labeo*, III, p. 84, note 4) et Segré ont vu dans cette *actio societatis* dont parle Rutilius non pas l'action *pro socio* civile, mais une action prétorienne fondée sur un *pactum*. M. Biondi croit qu'elle n'est que l'action civile *pro socio*. Le préteur l'aurait refusée ou aurait accordé l'*exceptio onerandae libertatis*, toutes les fois que la société aurait été constituée *libertatis causa* (D., 44, 5, 1, 7 ; D., 38, 1, 36). (Dans le premier texte, Ulpien parle *in terminis* de l'action *pro socio* du patron et se demande si l'*exceptio onerandae libertatis causa* est nécessaire ; dans le second, Labeon cité par Ulpien déclare la *societas libertatis causa* nulle de plein droit.)

Mais le préteur accorde la soi-disant *actio societatis* si la société a été constituée sous la condition d'une infraction éventuelle du *libertus* à l'*obsequium* (*si hoc pepigisset*,. . etc.) D., 38, 2, 1, 1).

Segré a vu dans ce *pepigisset* un argument pour la thèse de l'action prétorienne fondée sur un pacte avant de l'être sur un contrat régulier de société. Mais ce terme se réfère justement à une condition spéciale mise à l'existence de la société : l'atteinte à l'*obsequium*.

On objectera que c'est une société étrange ; elle a pour objet les biens du *libertus* ou plutôt une fraction de ceux-ci et le patron ne fait aucun apport ; c'est avec l'accomplissement d'une curieuse condition négative qu'elle se réalise : la violation par l'affranchi de l'*obsequium*. Mais (D., 38, 2, 1, 2) on parle seulement d'*imago societatis* à laquelle en réalité se substituera la *B. P. dimidiae partis*. D'ailleurs, si les conditions nécessaires à l'existence de la société manquaient à la formation de cette convention spéciale, on ne s'expliquerait pas comment le droit classique (D., 44, 5, 1, 7 ; D., 38, 1, 36) aurait limité l'inefficacité d'une semblable *societas* au seul cas où elle a été faite *libertatis causa*.

(2) D., 38, 1, frgs 4 ; 7, 5 ; 30, 1 ; 40 ; 42 ; 46.

(3) M. Krüger (*Z. S. S.*, t. 16, p. 4 ; exemples, note 3) remarque que l'on emploie aussi *dare* pour les actions civiles, au lieu de l'expression dite technique : *competere* et *vice versa* (p. 2). C'est peut-être d'ailleurs, l'auteur le reconnaît, l'œuvre des compilateurs. Quant au passage de Gaius (4, 112), M. Biondi ne le trouve pas suffisamment explicite pour baser la théorie de Segré (*Studi in onore di Luigi Moriani*, 1, p. 345), prétendant que d'une action, les classiques disent, *datur* ou *non datur*, suivant qu'il s'agit d'une action créée par le préteur ou paralysée par une exception. Néanmoins, les textes dans notre matière prouvent suffisamment le caractère prétorien de l'action, car ils parlent toujours de *dare actionem* et jamais de *competere*. Une seule fois (D., 38, 1, 7, 6), ils emploient le terme *habere*.

constatation ne doit pas nous arrêter : il y a bien d'autres cas où la sanction d'une obligation civile est une action prétorienne, car le préteur aura modifié tantôt sa portée, tantôt ses conditions d'application. La stipulation de *dare certo loco* est civile, l'action dite *arbitraire* (1) que le préteur donne pour que le créancier puisse, sans commettre de *plus petitio*, poursuivre son paiement dans un autre endroit que celui fixé par le contrat *verbis* est bien prétorienne. Civile est également l'obligation *ex furto manifesto* sanctionnée par une peine capitale, mais l'*actio furti manifesti* est prétorienne et l'amende est du quadruple. L'*obligatio noxalis*, elle aussi, est civile, mais, quand le *dominus* nie avoir « *servum in sua potestate* », l'action *sine noxae deditione* est prétorienne. L'obligation *ex judicato* est également sanctionnée, quoique civile, par l'action prétorienne *judicati* (2). Tous ces cas (3) montrent une action prétorienne fondée sur une obligation civile, car, malgré les remaniements subis par sa sanction, l'obligation appartient toujours au *jus civile*. De même qu'on peut faire *acceptilatio* de l'*actio operarum* (4), on peut faire *acceptilatio* de « *dare certo loco* ». Dans les 2 cas, il

(1) Girard, *Manuel* [6], p. 1055, note 5.

(2) Lenel (*das Ed.* [2], p. 429) l'admet seulement pour les *judicia imperio continentia*.

(3) M. Biondi (*Bulletino*, 26, p. 23 sq.) cite de nombreux exemples en droit classique d'actions semblables, particulièrement dans les cas d'actions prétoriennes dites arbitraires. L'*actio interrogatoria in jure* (Lenel, *Ed.* [2], p. 142), action prétorienne accordée *ex sua responsione* était toujours basée sur une obligation civile déduite en justice ; l'obligation naissant de la société était civile, mais prétorienne était l'action *pro socio in id quod facere potest* (D., 42, 1, 22, 1). L'*obligatio fidejussoria* était civile, mais en vertu d'un rescrit d'Hadrien (Paul, *Senti*, 1, 20), l'action *ex edicto praetoris*, se divise entre les fidejusseurs.

Autres exemples : l'*obligatio ex furto* et les actions *furti manifesti*, *adversus nautas*, *caupones*, *stabularios*, *publicanos*, l'*actio injuriarum*, la *vindicatio incertae partis*, l'*actio cum compensatione* de l'*argentarius*, celle *cum deductione* du *bonorum emptor*, les actions *adjecticiae qualitatis*, la formule rutilienne, quoique leurs objets soient différents de celui de l'obligation civile.

(4) D., 46, 4, 13, *pr*.

s'agit d'une obligation civile pour laquelle on peut employer un « *civiliter resolvere* ». L'*acceptilatio* n'est donc pas une preuve contre la nature prétorienne de l'*actio operarum*.

VI — *L'évolution du judicium operarum.*

Si, pour la nature du *judicium operarum* on peut s'appuyer sur des textes, tout au moins pour la période classique, rechercher la cause de la création de cette action dans la période antérieure, c'est entrer dans le domaine de la pure hypothèse.

Il faut admettre, croit M. Biondi, que le *jj* a été le moyen le plus ancien pour obliger le *libertus* aux *operæ* et il est probable qu'à l'origine l'obligation qui en naissait était d'ordre purement religieux. Pernice et Segré ont formulé la conjecture très vraisemblable de sa protection postérieure par le préteur. Ceux d'ailleurs qui dans le serment voient l'origine de la *sponsio* sont amenés, en raison de cette parenté directe, à concéder au *jj.* comme à la *sponsio* une protection *jure civili*. Toutefois, il est admis que dans l'ancien droit, le serment et la *sponsio* (pour cette dernière c'est un caractère bien connu), ne peuvent avoir pour objet qu'un *certum* et non une obligation de *facere*, comme l'est celle aux *operæ*. Il est donc fort probable que le Préteur (1),

---

(1) Ceci pose la question de l'activité prétorienne avant la loi Ælutia. Lenel (*Z. S. S.*, t. 25, p. 333), Wlassack (*Z. S. S.*, t. 25, p. 81 ; t. 28, p. 97 sq.) l'admettent et confèrent au magistrat le droit de *denegare legis actionem* (rôle du préteur en matière d'affranchissement, t. 28. p. 113). De même Krüger, *Geschichte der Quellen* [2], p. 35.

Au contraire, M. Girard, *Mélanges*, I, p. 75 sq. et 116 sq.; *Manuel* [6], p. 1012, se refuse à voir aucun exemple d'intervention prétorienne telle que la *denegatio actionis* avant la loi Ælutia.

M. Biondi fait remarquer que, quel que soit le résultat de cette controverse, il est indifférent pour l'*actio operarum*, car M. Girard (*Mélanges*, p. 94) reconnaît que le *judicium operarum* est connu de Rutilius Rufus, préteur vers 636 A. U. et il affecte à la loi Ælutia une date proche de

quand l'affranchi ne considéra plus son patron comme un *quasi-dominus* et que d'autre part, le sentiment religieux commença à s'atténuer, prit sous sa protection cette obligation de *facere* : la prestation des *operæ*. Le serment se trouvant être le procédé le plus ancien du *contractus operarum* bénéficia tout d'abord de la tutelle prétorienne sanctionnant le *judicium operarum*.

Comment ce dernier en vint-il à s'appliquer aux hypothèses de stipulations ?. Par une évolution toute naturelle, répondent les partisans de la *sponsio-serment*. Mais si nous écartons cette solution trop facile, il nous faut admettre qu'une pareille extension n'a pu se réaliser qu'avant la création de l'*actio incerta ex stipulatu*, connue par Gaius (1) et à une époque d'interprétation toute restrictive de la *certa res* qu'a en vue la *condictio certæ rei*.

Admettons même l'introduction du *judicium operarum*, dans les cas de stipulations, après la naissance de l'*actio incerta*, ce *judicium* présentait encore de sérieux avantages. Justinien (2), dans un passage, peut être emprunté à Florentinus (3), a bien mis en lumière tous les inconvénients de l'*actio incerta* et particulièrement la nécessité de lui adjoindre une *pœna*. « Dans des stipulations de ce genre, dit-il, il est bon d'ajouter une *pœna*, pour que la portée de la stipulation ne reste pas inutile et pour éviter au demandeur la nécessité de prouver quel est son intérêt... »

Au contraire, le *judicium operarum* avec la forme

---

628 A. U. ; de toute façon, l'*actio operarum* serait postérieure à la loi Ælutia et l'activité prétorienne la concernant aurait pu se manifester sans encombre.

(1) 4, 136.

(2) *Inst.*, III, 15, 7.

(3) Ferrini (*Bulletino*, 13, *Sulle fonti delle Instituzioni di Giustiniano*, p. 174) rejette l'idée que ce passage pourrait être attribué à Gaius et à Ulpien et en réserve la paternité à Florentinus (emploi fréquent de l'expression *veluti* et de la deuxième personne dans les verbes, etc.).

que nous lui avons reconnue présente une supériorité : le *jj. in jure* lui est applicable, peut être même l'est il en plus à la *sponsio* pénale. L'*intentio* et la *condemnatio certa* qu'il comporte lui ont ainsi conféré un tel avantage sur l'*actio incerta ex stipulatu* qu'on s'explique très bien sa rapide extension aux cas de stipulations et la préférence qu'on lui témoigna toujours sur l'action qui résulte de tout contrat *verbis*.

CONCLUSION

Aussi bien en droit grec qu'en droit hébraïque et que dans la plus vieille des civilisations antiques : l'Egypte, nous avons pu brièvement relever l'usage fréquent du serment promissoire. Rome nous a permis de mentionner ses formes, ses sanctions uniquement religieuses et sa rapide décadence. Dans ce passage du *fas* au *jus*, du *jusjurandum* au contrat *verbis*, nous ne connaissons que le point de départ et le but atteint, mais non le trajet intermédiaire. Peut être la *fides* et la *promissio* jouèrent-elles un certain rôle dans l'évolution. Il ne semble pas toutefois qu'il soit d'une prudence exagérée de dire que c'est là une hypothèse, rien de plus. C'est sur cette conclusion dubitative que s'est terminée notre première partie : le serment dans le droit anté-classique.

Au contraire avec le *jj. liberti*, nous avons vu l'institution munie d'une sanction positive. Ses cas d'application réduits à la prestation des seules *operæ* par l'affranchi ont bénéficié d'une action inconnue dans la période précédente. Nous avons brièvement signalé les caractères et les distinctions des services du *manumissus* ; d'abord, la doctrine traditionnelle, puis, après un court aperçu des divers procédés de contrainte indirecte dont peut user le patron, nous avons abordé la théorie de M. Mitteis. Le droit classique n'a guère connu comme distinction entre les *operæ* que celle des *præteritae* et des *futurae*, caractères servant à les différencier pour leur échéance et leur transmissibilité. Toutefois, les juristes de l'Empire répartissaient les *operæ*

d'après leur nature en *officiales* et en *fabriles*. Les premières, comportant la sous-distinction des *artificiales* étaient les services de l'affranchi exclusivement prestés au patron ; les secondes étaient les *operæ* des travailleurs libres et celles des affranchis considérés comme ouvriers indépendants, abstraction faite de tout droit de patronat. Justinien a adapté tant bien que mal cette division aux seules *operæ liberti*, en en changeant le sens et la portée.

Restait enfin à étudier le *judicium operarum* : action civile, ont dit les uns, action prétorienne, ont rétorqué d'autres. De multiples sous-distinctions se sont greffées sur cette grande division : action civile *certæ rei* ou *certæ pecuniæ* ; action civile pour la stipulation, mais action prétorienne pour le serment ; coexistence de ces deux sanctions ou éviction de la sanction prétorienne par la sanction civile : nous avons vu apparaître toutes ces conjectures dans les théories des auteurs.

Ces diverses déductions ont donné lieu à deux systèmes : dans l'un, on affirme le caractère civil du *judicium operarum*, action *certae rei*, car les *operæ* ne sont que des *res* ; dans l'autre, la prestation des services n'est qu'un *factum*, mais, du fait de leur *æstimatio*, on obtient une *actio certae pecuniae* que les sources montrent comme étant prétorienne et unique, car une obligation civile peut parfaitement recevoir une sanction dûe au *jus honorarium*.

Le résultat d'une telle controverse devrait être le scepticisme complet : les textes du Digeste sont revendiqués par l'une et l'autre opinion avec une égale tenacité. Peut être, en pareille matière, convient-il de chercher, non pas la solution la plus juste, mais la moins invraisemblable. C'est ce que nous allons essayer de déterminer.

Si l'on donne au *judicium operarum* le caractère d'action civile, on ne peut expliquer le passage d'Ulpien,

respecté cependant par les fervents de l'interpolation : « *Prætor pollicetur se jud. operarum daturum* ». Lenel a tenté de tourner la difficulté : nous avons vu au prix de quelles subtilités. Enfin le *dare actionem* impliqué par le texte milite fortement en faveur de la nature prétorienne du *judicium*.

Quant à la doctrine de M. Thélohan, force est de constater que son action civile *operarum* qui se confond avec la *condictio triticaria*, se rapproche en cas de serment nécessaire de la *condictio certae pecuniae*. C'est une sanction dont l'élasticité se prête à toutes les hypothèses. Elle n'en reste pas là, d'ailleurs, et change de caractère suivant qu'il s'agit d'*operae liberti* et d'*operae fabriles* (1), malgré le principe, mis en vedette par l'auteur, de la complète identification de ces services dans l'un et l'autre cas. Elle sera *certa* pour les premiers, tantôt *incerta*, tantôt *certa* pour les seconds. C'est une distinction subtile, car il s'agit toujours d'*operæ* et ces « *diurna officia* », comme les nomme Paul, semblent être communs aussi bien au *libertus* qu'au travailleur libre. Il faut choisir : ou bien — et c'est conforme à la doctrine de M. Thélohan — les *operæ* seront un *dare* ; mais pourquoi cette pluralité d'actions ? ou bien elles constituent un *facere* ; mais alors il s'agit ici d'un *opus* et on doit l'écarter du débat.

Du reste, quelle sera la sanction des *artificiales* qui se rattachent théoriquement aux *officiales*, mais se rapprochent beaucoup des *fabriles* ordinaires ? On nous dit qu'en raison de l'*indictio* patronale ces *artificiales* seront toujours *certæ*. N'est-ce point avouer implicitement que les *operae* ne sont pas des *res*, puisque pour leur conférer le caractère de *certæ*, il faut la réclamation de leur bénéficiaire ? On répondra, sans doute, que ce sont des choses *in genere* qui, comme

(1) Nous adoptons la nouvelle terminologie de M. Mitteis : voir supra.

telles, réclament une détermination postérieure et que, si elle fait défaut, elles seront sanctionnées par une *actio incerta*. Mais, avec cette dernière, nous rentrons dans la catégorie des *fabriles* ordinaires pour lesquelles il n'y a pas d'*indictio*. Ce n'est plus une variété des *officiales* que ces *artificiales*, mais bien une branche des travaux qui peuvent être demandés à un ouvrier ordinaire. Et admettre une semblable parenté, n'est ce point contraire à l'opinion même de M. Thélohan ?

Quant à la fongibilité des *operae*, reconnue, d'ailleurs non sans restriction, par les juristes, ne provient-elle pas plutôt que de leur caractère de *res*, de leur assimilation, faite expressément par Pomponius, à la « *pecunia credita* ? » Sans doute les *officiales* (hormis les *artificiales*), y échappent en raison de leur caractère personnel. Mais celui ci semble disparaître après l'*indictio* et l'auteur reconnaît lui-même que ce qui fera l'objet de la demande du patron sera, non pas les services *in natura* (ce qui serait impossible), mais leur *æstimatio*. Pourquoi donc ne pas substituer à l'action *certae rei*, l'action *certae pecuniae* ?

Relevons encore que sur deux points : la fongibilité des *operae* et leur caractère de *res certae*, on ne peut guère arriver qu'à une conciliation des plus difficiles. Si, comme le reconnaît M. Thélohan, les *operæ* peuvent par la réponse au « *quid, quale, quantum* », devenir *certæ*, pourquoi admettre en leur faveur la fongibilité qui présuppose généralement un caractère d'*incertum* ? On dira que les *operæ liberti* n'ont pas cette fongibilité qui seule sera reconnue aux *fabriles*. Pourtant les services de l'affranchi peuvent aussi comporter des *artificiales*. Seront-ils fongibles en tant que se rapprochant des *fabriles*, ou non fongibles parce qu'appartenant aux *officiales* ? Il est sans doute difficile de se prononcer. Mais l'*indictio* patronale va différencier les *operæ liberti* des *operæ* ordinaires. Encore faudrait-il qu'elle soit

uniquement usitée pour les premières. Or rien n'empêche, dans un contrat de services conclu entre un tiers et un ouvrier libre, le bénéficiaire de réclamer au fur et à mesure de ses besoins et selon sa convenance personnelle les *operæ* qu'on lui a promises, si le débiteur y consent. Il aurait pu, tout aussi bien, les considérant comme choses *in genere*, les demander, non point cette fois par une *action certa*, mais par l'*actio ex stipulatu*.

Il faut choisir entre la conception des *operæ* non fongibles parce qu'étant des *res certæ* et celle des *operæ* fongibles parce que constituant un *incertum*. Mais voir dans les unes, celles du *libertus*, une *res certa* sanctionnée par une action *certæ rei*, et dans les autres, celles des travailleurs libres ou des affranchis considérés comme ouvriers ordinaires, des *res* tantôt *certae*, tantôt *incertae* est chose difficile. L'*indictio*, nous l'avons vu, ne forme pas entre ces deux catégories une ligne de démarcation très nette pas plus que le caractère industriel des services ; il est aussi reconnu aux *artificiales*, simple catégorie des *officiales*. On ne peut d'ailleurs pas considérer toutes les *operæ* comme un *factum*, car leur donner une action *incerta* serait heurter la conception romaine de la formule à *intentio certa*.

D'un côté, des principes que les restrictions que nous sommes forcés de leur adjoindre font évanouir, de l'autre, une idée qui n'est certainement pas romaine, tel est le dilemne auquel on semble acculé.

La conjecture proposée par M. Biondi permet d'éviter l'un et l'autre écueil. Les textes sont formels : le *judicium operarum* est de caractère prétorien. Il n'est d'autre part, jamais question en matière d'*operæ liberti* d'une action *ex jurejurando* ou d'une action naissant du contrat *verbis*. Seul est mentionné le *judicium operarum*. C'est que vraisemblablement il est la seule sanction possible. Laissons de côté le *jusjurandum* dont

il ne reste guère que le souvenir et attachons nous au seul contrat *verbis*. La stipulation de services est bien une stipulation de *facere* et pourtant les textes y voient une stipulation de *dare*. Nous savons d'ailleurs que le *judicium operarum* est antérieur à l'extension de la *certa res* et que les services du *libertus* sont considérés «*ac pecunia credita* ». C'est la preuve que le *judicium* ne peut s'identifier avec l'action naissant du contrat *verbis* ordinaire.

Cette action *operarum* aura une *intentio certa* et une *condemnatio certa* également, ayant trait à la valeur pécuniaire des services non prestés. L'*æstimatio* des *operae* faite *in jure* par le préteur par un procédé d'évaluation presque mécanique, permet le passage du *judicium* même aux *heredes extranei*, après la *litis contestatio* faite par le patron : en effet, la créance primitive est devenue une obligation de somme d'argent ordinaire. C'est ce qui résulte des textes, malgré les nombreux remaniements que leur a fait subir Justinien.

Mais, dira-t-on, comment une action prétorienne peut-elle sanctionner une obligation civile telle que celle qui naît de la stipulation ? Toute l'évolution des contrats ne nous montre-t-elle pas le droit civil se substituant au droit prétorien ? Les obligations civiles, répond M. Biondi, n'ont pas forcément des sanctions de même nature et il en cite de nombreux exemples. Aussi, peut-on répondre à Lenel et à son argument tiré de l'emploi de l'*acceptilatio*, qu'on ne peut en faire état. L'*acceptilatio* n'éteint que les obligations civiles : or, en matière d'*operæ*, c'est d'une obligation civile qu'il s'agit.

Il n'est, sans doute, pas trop hardi de dire que nous ne connaissons rien de l'évolution du *judicium operarum*. Il fut, sans doute, la première sanction du *jusjurandum*, acte uniquement religeux et d'une grande ancienneté. En tous cas, cette sanction de ce *facere* qu'est la prestation des *operæ*, devait avoir une supériorité incontestée

sur la *sponsio*, ne pouvant s'appliquer qu'à un *certum:* Quoi d'étonnant — et c'est l'inversion même de la théorie de Segrè — que l'*actio operarum* prétorienne ait sanctionné la première forme du contrat *verbis* ? Même après l'apparition de l'*actio incerta*, pouvant englober un *facere*, le *judicium* primitif, avec son *intentio* et sa *condemnatio certa*, présentait sur elle trop d'avantages pour ne pas devenir cette unique *actio operarum* dont nous parlent les sources, en lui donnant un caractère nettement prétorien.

Si nous revenons maintenant au serment promissoire en général, nous pouvons y discerner trois phases successives :

C'est d'abord un acte uniquement religieux, le seul qui puisse être d'une application générale. Comme, d'une part, il n'y a encore aucun moyen de faire naître des obligations juridiques et que l'idée de *fides*, propre à des civilisations assez avancées, n'est pas encore en voie de formation, on promet de donner telle chose ou de faire tel acte, en invoquant les Dieux. Car le droit primitif, de nature exclusivement pénale, ne réprimant guère que les faits nuisibles à la collectivité, ne s'occupe pas encore des conventions privées. Heureusement, les Dieux veillent, et interviennent en cas de parjure, non point comme champions de l'équité, mais comme divinités offensées qu'on les ait solennellement prises à témoins d'un acte qu'on ne veut plus accomplir. Lésés dans leur amour-propre, ils frappent le coupable dans sa personne, dans sa famille, dans ses biens.

Du vieux caractère anthropomorphique de la religion romaine et de cette ingérence des Olympiens dans presque toutes les phases de la vie ordinaire, Lucrèce, au début de la période classique de la littérature latine, a conservé un souvenir assez vivant :

> Humana ante oculos fœde quum vita jaceret
> In terris, oppressa gravi sub Religione

Quæ caput a cœli regionibus ostendebat
Horribili super aspectu mortalibus instans... .

En faisant la part inévitable de l'exagération poétique et de l'enthousiasme mystique du poëte pour la nouvelle religion d'Epicure, n'est-ce point là un raccourci saisissant des vieilles idées romaines sur le rôle des *Dii superi* ?

Plus timoré encore que le *civis*, le *libertus*, au statut incertain, jouissant d'une liberté précaire, n'avait pas seulement à redouter la foudre du grand Jupiter, mais plus particulièrement la colère de son ancien maître.

Mais toutes ces vieilles croyances disparaissent et les Dieux deviennent d'assez encombrants accessoires archéologiques. La plèbe, elle-même, n'y croit plus guère : grave danger. S'il n'y a plus de Divinité-gendarme, quelle sera la sécurité des conventions ? On se souvient alors d'une vieille institution de Numa, de cette énigmatique *Fides* dont le temple se dresse près du Capitole. Comme elle ne fait plus double emploi avec les *Dii majores*, existant encore, mais *honoris causa*, on l'érige en Divinité spéciale, protectrice des conventions et, *à fortiori* du serment. C'était là peut-être le rôle de ce mystérieux *Dius Fidius*, désespoir des étymologistes à l'époque de Varron.

Mais pourquoi la *fides-divinité*, alors que Jupiter porte-foudre, lui-même, n'est plus qu'une abstraction ? Un mouvement de sécularisation se produit. S'il n'arrive pas à éteindre toute sanction en matière de *jusjurandum*, c'est parce qu'il est encore utile de conserver l'idée que la bonne foi dans l'accomplissement des prestations promises est non seulement équitable éthiquement, mais encore, en dernière analyse, avantageuse pratiquement. Dès lors, point n'est besoin de cette conception du *Dius Fidius* qui, est avec le serment, dont elle était la dernière sanction, sécularisée et transformée en simple *promissio*.

Le *jusjurandum* ne disparaît pas toutefois ; au commencement de l'époque classique, il subsiste dans un seul cas : l'obligation aux *operæ*. C'est, en effet, le seul mode par lequel l'esclave puisse s'engager envers son maître. Encore faut-il, pour qu'il soit muni d'effet, qu'il le répète étant affranchi, ou bien qu'il emploie le contrat *verbis*. Tant qu'il a eu, soit le sentiment de sa réelle dépendance envers le *manumissor*, soit la conviction que les Dieux réprimeraient à son grand dam tout manquement à la parole donnée, soit enfin la conscience qu'il devait une rémunération à son ancien maître, en raison de la concession de la liberté dont il jouissait, le renouvellement de l'engagement a pû se faire sans difficulté. Mais bientôt, l'affranchi se rendant compte de son indépendance, peut-être à ce poussé par l'extension de l'esclavage et par l'augmentation correspondante de la dureté des maîtres, en arrive à un état d'esprit tel qu'il peut refuser de promettre *in libertate* les *operæ* qu'il a cependant jurées *in servitute*.

Alors intervient le préteur. Il est curieux de constater que son activité s'est, elle aussi, manifestée pour aboutir à une protection des affranchis gratifiés de la liberté, sans observation des formes rigoureuses du *jus civile* et pour leur donner un statut plus stable en faisant d'une concession précaire, une concession définitive. Mais, le magistrat participait également à un des modes d'affranchissements civils : la *mm. vindicta*. C'est cette circonstance que mit à profit Drusus, dans cette matière si controversée de l'*addictio in libertatem*. Tant que la liberté n'est pas juridiquement concédée, l'esclave n'a qu'une expectative de droit. Dès lors, on peut exiger de lui avant l'*addictio* et après la *non vindicatio in servitutem* du maître, le renouvellement de son serment quant aux *operæ*. Il n'est plus esclave : son maître a renoncé à toute prétention sur lui, mais il n'est pas encore *libertus* ; le préteur n'a pas encore dit : « *Hunc hominem liberum ex jure Quiritium dico et addico* ».

Ainsi, ou il jurera, et le magistrat fera l'*addictio*, ou bien il refusera de « *eadem jurare* ». On est fort embarrassé, d'ailleurs, pour lui fixer un statut dans cette hypothèse. Les uns ont dit qu'il retournait *in servitutem* ; mais son maître, ayant fait abandon passif de tous ses droits, une pareille éventualité semble impossible. Une autre opinion lui attribue la situation du *statuliber* jusqu'à ce que sa mauvaise volonté ait pris fin. Cette conjecture semble mieux cadrer et avec l'intérêt du *manumissor* et avec le rôle du magistrat. Il faudrait pour l'existence d'une *revocatio in nexu servitutis* prouver d'abord l'existence d'une déclaration de volonté du patron revenant sur sa première opinion.

En tous cas, si les *operæ* sont de nouveau promises par serment, le *manumissor* bénéficie de l'*actio operarum*, sanction prétorienne d'une obligation antérieurement purement religieuse. Si le *jusjurandum* n'est pas renouvelé, le *libertus* ne peut pas acquérir la liberté juridique. Acculé à ce dilemne, l'affranchi ne devait pas hésiter à passer sous les fourches caudines des *operæ*.

Il ne suffisait pas d'ailleurs de prémunir le patron contre l'indiscipline et les velléités d'indépendance du *manumissus*. Il fallait lui permettre de bénéficier des services de celui-ci, dans un cas où l'affranchi aurait pu alléguer un empêchement de force majeure. Ce fut le but de l'interdit *de liberto exhibendo*. Le patron ne pouvait jouir des *operæ* sans l'*indictio* ; il fallait donc qu'il eût l'affranchi à sa disposition. Il fallait encore, pour la prestation des *operæ*, que le *libertus* se rendit au domicile du patron. S'il ne le pouvait, étant retenu, contre sa volonté, par un tiers, le préteur accordait l'interdit au *manumissor*.

Mais, contre le manquement de l'affranchi à sa parole, le patron a pû prendre des dispositions spéciales de protection en faisant une convention avec lui. Le droit prétorien est hostile aux *onerandæ libertatis causa* ;

cependant Rutilius, tout en les restreignant, accorde au maître, en cas de société conditionnelle, une *actio societatis* que supprimera le droit postérieur.

Parallèlement à cette protection prétorienne, les juristes créaient en matière d'*operæ* diverses théories : les unes avantageant encore le patron : l'obligation naturelle, œuvre de Julien, à la charge de l'affranchi ; les autres permettant un développement original du *judicium operarum*. Pomponius voyait dans les services du *manumissus* une créance de somme d'argent (1), et d'autres juristes avaient fait dévier le caractère d'*incerta* qu'aurait dû avoir l'action *operarum* sur le terrain de la *datio* d'une *res certa*.

Cependant, le *jusjurandum* de religieux, devenu institution prétorienne (on se souvient d'une protection semblable donnée par le magistrat au pacte de serment), se voit supplanter, du moins pour l'obligation du *libertus*, par la stipulation. On le cite encore ; mais presque toutes les hypothèses prévues par les textes se réfèrent à des *operæ* promises par contrat *verbis*. Justinien, néanmoins, grand réformateur éclectique et non moins grand interpolateur, laisse subsister le *jj. operarum* à côté de la stipulation. Il le fait d'ailleurs *honoris causa*, car ce n'est plus guère qu'un simple vestige d'une époque trop ancienne ; si désuète est l'institution, que l'Empereur lui évite les remaniements de Tribonien et de son comité d'épuration des textes auxquels ne pût échapper le contrat verbal.

Telle semble être l'évolution du serment promissoire, le plus vieux mode, sans doute, d'obligation. Passant de la juridiction des Pontifes, à la protection du préteur, restreint dans ses applications, mais fortifié dans

---

(1) Sur le caractère et les conséquences de cette fiction, voir F. Desserteaux : *Capitis deminutio*, II, p. 290 sq. et notre appendice 2.

sa sanction, indirectement modifié dans son action par les travaux des juristes en matière d'*operæ*, il ne lui a guère manqué que les réformes des rescrits et des constitutions impériales pour être un exemple typique de l'activité de ces quatre grands fondateurs du Droit : les Pontifes, le Préteur, la Doctrine, et le Prince.

Vu :

Le Président de la Thèse,

FERNAND DESSERTEAUX.

Vu :

Le Doyen de la Faculté de droit,

M. DESLANDRES.

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 10 mai 1921.

Le Recteur de l'Académie,

Pour le Recteur :

Le Vice-Président du Conseil de l'Université,

M. ROY.

APPENDICE

I. — *Les operæ et le nexum* (1).

Une doctrine critiquant le système qui attribue au *nexum* la *damnatio* et la *manus injectio*, y voit l'acte par lequel on engage dans des formes encore inconnues ses services et ceux des personnes que l'on a en puissance. Varron (2) : (*Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat dat, dum solveret nexus vocatur ut ab ære obœratus*), et Valère Maxime (3) : (« *Nexus qui pro pecunia quam debebat suas operas dat* ») impliquent que cet engagement a lieu en échange d'une somme d'argent reçue.

D'où deux théories. Le *nexus* donnant ses *operæ* « *in servitutem* » fait mancipation de sa propre personne. (Niebhur, Christiansen, Scheurl, Sell). Il y aurait dans cet acte deux phases : *inire nexum*, jusqu'à l'échéance de la dette et *nexum se dare*, depuis le jour de l'échéance jusqu'au paiement. Savigny, Bachofen, Giraud et Cuq (4), repoussent l'idée de mancipation de soi-même, créant au profit du créancier le bénéfice *ipso jure* des *operæ* et croient que le débiteur, du fait de l'emprunt par lui contracté, engage à la sûreté de sa dette ses *operæ* et les mancipe au prêteur en cas de non paiement

(1) Senn, *Le nexum*. N. R H., 1905 p. 47 ; Huvelin, dans *Daremberg*, v° *nexum*.

(2) *De lingua latina*, 7, 105.

(3) 6, 1, 9 ; Tite Live, 8, 28, 2 ; 2, 24, 6 ; Denys, 6, 26, 1.

(4) *Vermischte Schriften*, 2, pp. 396-470 ; *Inst. Juridiques*, I, pp. 116-118.

à l'échéance. Ce droit aux *operæ* dont bénéficie le créancier résulterait de plein droit de la forme *per æs et libram* ; dans la *nuncupatio* que prononcerait l'emprunteur par *nexum*, il y aurait à côté de la promesse de restituer, une clause accessoire assurant au prêteur le travail du débiteur jusqu'à extinction de sa dette. Cette promesse, revêtue de la forme sacramentelle *per æs et libram* pouvait être exécutée sans aucun recours à l'autorité judiciaire.

Le texte de Valère Maxime ne dit pas, en effet, que le débiteur par le *nexum* donne sa personne, mais qu'il donne ses *operæ*. Du reste, même si les textes impliquaient que le débiteur « *se dat* », cette expression ne voudrait pas dire qu'il se donne en servitude.

Il y a, en effet, une curieuse analogie entre le *se dare* et le *suas operas dare*, entre le *se locare* et le *suas operas locare* (1) (expressions employées comme synonymes aujourd'hui même dans les agglomérations rurales). Cette conception des *operæ*, produit obligatoire d'une situation de dépendance, est très nette chez les juristes qui assimilent *servitus* à *datio operarum* (2).

La *datio operarum* se réalisera pour l'affranchi par *jj.* ou stipulation et pour le *nexus*, par le *nexum*. Mais une autre opinion admet que le *nexum* précède la *datio operarum* et en est indépendant en dépit du texte précité de Varron. Il formerait l'*obligatio per æs et libram* et son rôle s'arrêterait là. C'est ce que disent les passages des historiens qui au *se dare* ou au *suas operas dare* donnent comme sujet « *ob æs alienum paternum nexum, propter grave æs alienum nexum* ».

Le *nexus* ne serait plus que le débiteur sujet du

---

(1) *Triptyque de Transylvanie.* Girard, *Textes* p. 855 ; Plaute, *Rud.*, 2, 6, 57 ; Papinien, D, 33, 2, 2.

(2) Argument *a contrario* : Paul (D, 40, 7, 4, 4), (Lenel *Pal.* 1, n° 1697) « *alienus servus servire nobis potest sicuti liber et multo magis operas dare ; nisi testator servitutis appellatione dominium magis quam operam intellexit* ».

contrat *per æs et libram* dont l'objet est l'argent emprunté qu'il faut restituer. Dans la suite, pourra intervenir entre le créancier et le débiteur une convention relative à une *datio operarum* éventuelle : contrat verbal ou serment. Pour éviter, à l'échéance, la procédure d'exécution, le débiteur promet au créancier ses *operæ* dont le montant devra égaler la somme à restituer, l'impossibilité de la restitution ayant été constatée par le commencement d'exécution du *nexum*. Aussi un semblable arrangement n'a-t-il pu intervenir que pendant la période de détention du *nexus* : pendant les 60 jours qui suivent la *manus injectio* et précèdent la vente. M. Senn (p. 92), remarque que la plèbe, qui commençait à acquérir des droits, n'en devait pas moins redouter la vente *trans Tiberim*, acte contre lequel elle n'était encore nullement protégée. Pour l'éviter, elle devait facilement recourir à l'engagement aux *operæ*. Mais si, pour l'affranchi, nous connaissons en cette matière l'emploi du *jj.*, nous n'avons aucune indication sur ce dernier dans le cas du *nexus* (1).

M. Huvelin (p. 79), partisan de la « *Selbstverpfandung* », croit que le *nexum*, outre la création de l'obligation *per æs et libram*, permet au débiteur de se manciper soi-même conditionnellement, en cas de non paiement de la dette à l'échéance, pour éteindre celle-ci par la prestation de ses *operæ*.

A côté des *operæ liberti* pouvait donc se créer, soit par le *nexum*, soit par une convention indépendante, une obligation aux *operæ* à la charge du *nexus*. Si les deux institutions ont plus d'un point commun : situation également dépendante des débiteurs (si toutefois

(1) Varron (*De L. L*, 7, 105, *in fine*) dit bien « *et omnes qui bonam copiam jurarunt* », mais il fait allusion à une réforme du dictateur Popillius ou Pœtelius supprimant, en tous cas modifiant, les effets du *nexum*. La phrase précitée donne au débiteur la faculté d'éviter les effets du *nexum* en jurant *bonam copiam* (qu'il était en état de se libérer ?).

on n'admet pas pour le *nexus* la *reductio in servitutem* intégrale), modes d'obligation communs : *jj.* ou contrat *verbis* (si l'on ne veut pas voir dans les *operæ* une obligation *per æs et libram*), elles n'en diffèrent pas moins du fait de quelques particularités. Les *operæ liberti*, basées sur l'*officium*, dépendent, sous réserve des limitations « *ex consuetudine et ex artificio* », comme nature et quantité, de l'*arbitrium* du patron, celles du *nexus*, du chiffre de la dette qu'il n'a pas acquittée et elles seront vraisemblablement toujours *fabriles*, mais surtout la créance des *operæ liberti* est munie d'une action spéciale ; celle contre le *nexus*, de la sanction résultant de l'engagement contracté par lui envers son créancier, et plus efficacement de la menace, en cas de non prestation des services, de l'accomplissement de la *manus injectio* créée par le *nexum*.

II. — *La C. D. et l'extinction du droit aux operæ* (1).

Cette extinction aurait été limitée par l'adoption d'une fiction (2) introduite par les juristes en droit civil. M. Desserteaux remarque que le principe d'Ariston (D, 38, 1, 4.) rapporté par Pomponius : on réclame les *operæ præteritae* « *ac pecunia credita* » constitue une fiction grâce à laquelle l'héritier externe qui, en principe, ne devrait rien recueillir, pourra se voir attribuer la créance des *operæ praeteritae*. Mais antérieurement cette

---

(1) F. Desserteaux, *Capitis deminutio*, II, p. 289 *sq.* (Critique des théories de Girard. *Man.*[6], p. 504, note 6; Cuq, *Manuel*, pp. 105, 240, 421, note 2 ; Accarias, 1 p. 466 ; Mandry, *das Gemeine Familiengutterecht*, 1, p. 179, et Cohn, *Beiträge*, 1, 2, p. 198, note 1).

Ce n'est ni l'idée de mort civile, ni celle d'incompatibilité qui peuvent expliquer Gaïus (III, 83) éteignant la créance des *operæ* per *jj.* en cas de *C. D. minima*, mais, devenant p. ex., par l'adrogation ou l'adoption, *filius familias*, le patron perdra ses *jura patronatus*, solution plus sûre et plus naturelle.

(2) Desserteaux, *Op. Cit.*, p. 291.

fiction eût une autre utilité : le préteur pouvait dans ce cas faire bénéficier les parties du *judicium operarum* à *intentio certa*. Puis, de même que l'*heres extraneus*, l'adrogeant du patron pourra recueillir cette même créance. Le texte de Gaius (III, 83) se bornerait donc à signaler l'extinction des *operæ futurae* par *capitis deminutio*, car, après l'*indictio* du patron, il n'y a plus d'*operæ*, mais une simple *pecunia credita*. Les seules *operæ* sont les *futurae*, donc les *non indictae* et le droit à celles-ci disparaît accessoirement aux *jura patronatus*.

On voit encore le rôle de la fiction dans Ulpien (D, 38, 1, 7, 7 et 8.) Les *liberi patroni* ont droit à la créance *ex jurejurando*, qu'ils soient en puissance, émancipés ou adoptés. L'hérédité du patron comprend aussi le droit aux *operæ præteritae*. S'il institue dans son testament ses enfants *ex inequalibus partibus*, il semble que l'*actio operarum* doive leur être donnée selon la même proportion. Pourtant, Ulpien n'a pas voulu aller jusqu'aux conséquences extrêmes, mais logiques, de la fiction des *operæ præteritae* et donne l'action « *ex æqualibus partibus* ». Mais il dit ensuite : que les enfants soient, au décès du patron, en puissance, émancipés ou adoptés, peu importe pour leur droit à l'*actio operarum*. Comme héritiers institués, ils ont droit à une créance de *certa pecunia credita* ; sur elle, la *CD* ne peut avoir d'influence. C'est la consécration de l'idée que les *operæ præteritae* ne sont qu'une *certa pecunia* (1).

---

(1) Leist, (V. p. 251) voit dans le texte d'Ulpien un simple développement de D, 38, 1, 5, (stipulation du patron pour lui et ses *liberi*). M. Desserteaux fait remarquer que ses passages sont tirés de livres différents de l'ouvrage *ad Sabinum* et que D, 38, 1, 7 est entièrement consacré au *jj.* et non à la stipulation.

Du reste, le frg. 5 traitant de la stipulation lui confère un avantage spécial : avec la clause *sibi aut liberis*, « *etiam ad posthumis pervenit stipulatio* ».

M. Desserteaux signale les conséquences postérieures de la fiction : l'usage du serment *in jure* et l'emploi de la *condictio indebiti* en répétition d'*operæ* fournies et non dûes. Cette fiction était nécessaire, car l'*indictio* qui transforme les *operæ* en créance de *pecunia credita*, n'est qu'un acte unilatéral. Or, tous les procédés semblables : stipulation novatoire, constitut, transcription sur le *Codex*, impliquent un accord de volontés ; il a donc fallu attribuer à l'*indictio* au moyen d'une fiction un effet novatoire qu'elle n'a pas *ipso jure*. Du *jusjurandum*, cette fiction passa avec les mêmes conséquences à la stipulation (1).

Sous Justinien, les *operæ praeteritae* sont confondues avec les créances ordinaires de *pecunia credita*. Aussi, sont elles exemptées en cette qualité de l'effet extinctif de la *C. D.* et elles passent à l'adrogeant. Mais alors que la *C. D. minima* sous Justinien (*Inst.* 3, 10, 1) ne brise ni l'usufruit, ni la société, les *operæ fabriles* et *officiales* malgré leurs caractères opposés sont atteintes par la *CD.* en tant que créances transmissibles héréditairement. C'est l'indice que cette institution est sans effets propres : la *stipulatio operarum* a pour cause le lien patronal ; en cas de disparition de celui-ci, par adrogation, p, ex, la créance vient tout naturellement à extinction.

Avec une simple stipulation *sibi* (D, 38, 1, 22, 1), il faut que les enfants deviennent héritiers de leur père. Ils auront droit aux *operæ*, mais en leur propre nom et non plus en vertu de la situation de leur père comme patron. Naturellement pour l'hérédité civile, il faut la persistance du lien d'agnation. Si les *liberi* ont été émancipés ou donnés en adoption, ils n'ont plus droit aux *operæ*, car ils ne peuvent plus être *heredes jure civili*. Alors intervient le préteur pour l'attribution des *B. P.*

(1) D, 38, 1, 8 ; D, 38, 1, 15, 1 ; D, 38, 1, 37, pr.

III. — *L'accusatio ingrati et la revocatio in servitutem* (1).

La *revocatio in servitutem* (2) cadre parfaitement avec les circonstances dans lesquelles est intervenu l'édit de Rutilius limitant les droits du patron dans son auto-protection contre l'ingratitude de son affranchi. On a la loi dit que *AElia Sentia* n'a pas introduit la *revocatio*, d'abord appliquée par Claude dans des cas isolés, puis érigée en institution par Commode et définitivement consacrée par Constantin. C'est la théorie de Cujas, (*Obs.* 10. 33.)

Mais une telle opinion est contraire à l'esprit du droit patronal, qui tend — l'édit de Rutilius en est une preuve — à l'adoucissement de la condition du *libertus*. La *revocatio* n'est qu'un vestige de l'ancien droit italique d'après lequel le bénéficiaire de l'*obsequium* peut se faire justice à l'égard de son affranchi en le déclarant déchu du droit à la liberté, simple concession précaire. Combien de temps ce droit fût-il laissé à l'arbitraire du patron ? On l'ignore. Mais à coup sûr, se produisit une intervention prétorienne comme en matière d'affranchissements sans formes et la *revocatio in servitutem* quittant le domaine de l'arbitraire privé passa dans le domaine judiciaire et devint la sanction de l'*ingrati accusatio*. Ce fut d'abord une simple constatation authentique faite par le prêteur de la *mutata voluntas* du patron, et autorisant celui-ci à agir en révocation *per vim*, par *manus injectio*. Puis s'instaura

---

(1) Leist, V, p. 284 sq. (emploi pour les cas d'*inofficiositas* qui ne peuvent plus depuis la prohibition rutilienne être prévus par des *onerandae libertatis*. Magistrats compétents depuis la loi *Ælia Sentia* : *praefectus Urbi, praeses provinciae;* peines. p. 285 sq.)

(2) Nous reproduisons la théorie de Leist (V, p. 53 sq.) relative à l'évolution de cette institution.

une véritable *cognitio causæ* et la peine fût prononcée par le magistrat.

Il fallait d'ailleurs cette sanction pour réprimer certains manquements à l'*obsequium* : car le *manumissor* était bien pour les petites infractions protégé par les promesses pénales de sommes d'argent qui lui avaient été faites par l'affranchi, et pour les moyennes, par la société conditionnelle, lui conférant l'exercice de l'*actio societatis*. Mais il lui fallait pour les infractions graves une sanction : la *revocatio in servitutem* ; elle devint régulière lorsqu'elle fut placée sous le contrôle du magistrat.

Cet état du droit apparaît en 588, dans l'Andrienne de Térence (1, 1, vers 8.) Simon dit à son affranchi Sosie : « *Ego postquam te emi a parvolo, ut semper tibi apud me justa et clemens fuerit servitus, scis : feci ex servo, ut esses libertus mihi, propterea quod serviebas liberaliter ; quod habui, summum pretium persolvi tibi* ». On ne peut d'ailleurs voir avec Zimmern dans ce passage l'allusion à une liberté qui n'ayant pas été conférée dans des formes solennelles ne comporterait pas une vraie *manumissio*. Simon par ces mots « *summum pretium persolvi tibi* » a voulu désigner le plus grand bienfait que puisse accorder un maître : un affranchissement juridiquement valable. Sosie affirme « *In memoria habo* » ; sur quoi Simon : « *haud muto factum* » et Sosie se réjouit de la bienveillance de son patron « *Gaudeo, si tibi quid feci aut facio quod placeat, et id gratum fuisse advorsum te, habeo gratiam.*

Ainsi Simon, pour stimuler le zèle de Sosie pour la mission qu'il veut lui confier, lui rappelle le mémorable bienfait de l'affranchissement, mais déclare qu'il n'y a dans ses paroles aucun blâme indirect et qu'il n'est pas dans son intention de supprimer par *mutata voluntas* la *manumissio* qui deviendra un acte définitif. Donc, *a contrario*, il y avait possibilité de révocation

par le patron quand le *libertus*, « *immemor beneficii* » (1) donnait lieu à une « *exprobatio* » de la part de son *m. missor*. Cette justice privée patronale semble avoir déjà fait l'objet d'une réaction des pouvoirs publics antérieurement à Rutilius (D, 38, 2, 1.) et avoir été soumise au contrôle du magistrat sur le terrain de l'*ingrati accusatio*. Puis elle subsiste avec ce dernier caractère jusqu'à la loi *AElia Sentia* (et c'est le seul moyen de protection contre l'ingratitude de l'affranchi dont dispose le patron avec le remplacement de l'*actio societatis* par le droit à une « *pars bonorum liberti* »). Cette loi, quoi qu'en dise Cujas (*Obs.*, 21, 6), ne fait que modifier l'état de choses antérieur : le droit de *revocatio* est fondu dans l'*ingrati accusatio*, elle même soumise à la *cognitio extraordinaria*. Ce n'est plus un contrôle, mais un véritable droit de juridiction qu'exerce le magistrat. C'est d'ailleurs conforme à l'évolution générale qui ajoutant de nouvelles peines contre le *libertus* : exil, *metalla* ne les fait prononcer que sur *extraordinario cognitio*.

Tacite (*Annales*, 13, 26, et 27) signale cependant une tentative de rénovation de la *revocatio in servitutem*. Le Sénat s'occupait « *de fraudibus libertorum* » et on agita la question : « *ut adversus male meritos revocandæ libertatis jus patronis daretur* ». On disait que les patrons étaient désarmés et qu'ils ne disposaient plus comme moyen d'action personnel que du droit de reléguer le *libertus* en Campanie, sanction illusoire, la Campanie étant la plus belle région de l'Italie. Mais on objectait : Pourquoi en raison de fautes individuelles donner aux patrons une arme d'une portée si générale ? C'est aux affranchisseurs à se prémunir contre toute atteinte à leur *obsequium*. Pourquoi au lieu de la *m. m. vindicta* n'emploieraient-ils pas celle *inter amicos*, plus suscep-

(1) Andrienne, I, 1, vers 17.

tible de tenir indirectement les affranchis dans une situation moins indépendante parce que précaire. Néron adopta cet avis modéré. La *revocatio* resta donc ce qu'elle était antérieurement : simple faculté de s'adresser au magistrat pour la faire prononcer, si les griefs du patron étaient reconnus fondés au cours de la procédure de l'*ingrati accusatio*, et Justinien (*Novelle* 78, *Chap* 2.) ne fit que conserver le principe.

On a, il est vrai essayé de trouver dans des textes la preuve de l'existence d'une révocation, où le patron pourrait être juge dans sa propre cause. On a invoqué Suétone (1) et un texte du Digeste (2) rapportant une constitution de Commode. Burchardi (3) soutient que Claude aurait, selon Suétone, réprimé l'ingratitude des affranchis. « *Ingratos et de quibus patroni quererentur revocavit in servitutem* ». Commode aurait ensuite élargi la portée de cette innovation en disant que, si l'esclave ne s'amendait pas, on pourrait le vendre sur l'ordre de l'autorité et au profit du maître.

Leist objecte que ce dernier texte ne prévoit pas une rupture de l'*officium* ou de l'*obsequium* par la non prestation des services ; il vise seulement les cas de « *contumeliæ* » et d' « *atrox injuria* ». Quant à l'activité de Claude, elle semble n'avoir pas trait au *jus revocandae libertatis* du patron. Il s'agit plutôt d'une phase de l'*ingrati accusatio* où l'Empereur auquel l'instance a été déférée, peut être en appel, ou bien agissant en vertu de son pouvoir supérieur, remet *in nexu servitutis* dans des cas particuliers des affranchis ingrats. Il y a loin de cette disposition à la justice privée du patron et à la *revocatio in servitutem* telle qu'elle fut discutée sous Néron. Commode n'a vraisemblablement

(1) *Claudius*, chap. 25.
(2) D., 25, 3, 6, 1,
(3) *Lehrbuch*, 2, 1, § 131.

pas généralisé la prétendue réforme de son prédécesseur. Mais, en humeur d'innovation, il parait avoir emprunté au droit athénien l'idée de vente de l'affranchi ingrat (1).

---

(1) *Cujas (Obs.*, 10, 33) croit à une réforme de Trajan : *Patronis spoliatis jura restituisse Trajanum Martialis dixit, ne libertis suis, illi, exsules essent.* C'est vraiment trop peu précis pour baser la moindre déduction. Pernice *(Labeo*, III, p. 80, note 30) s'élève contre l'opinion de Leist. C'est Commode qui, le premier, a introduit la *revocatio in servitutem*. La loi *Ælia Sentia* n'en parlait pas. C'est l'idée soutenue par Godefroy (*C. th.*, II, 22, p. 217) ; Cujas *(Obs.*, 10, 33) ; Zimmern (*R. R. G* , 1, p. 733), et Puchta *(Inst* , 2, § 220, p. 117). Le témoignage de Tacite prouve qu'en l'an 57, l'*accusatio ingrati* n'existait pas, puisqu'il fut question de l'introduire. C'est par exception et en vertu de son pouvoir impérial que Claude supprima la liberté dans des cas isolés (D., 37, 14, 15, *pr.)* ; quant aux déterminations qu'auraient prises Vitellius (Tacite, *Hist.*, 2, 92) et *Trajan*, (Martial, 10, 34), elles ont le même caractère et doivent être écartées du débat. Il reste que Commode a rendu une constitution dans le sens de la *revocatio* ou plutôt y a été poussé par l'activité des agents impériaux déjà aiguillée dans cette direction (D., 37, 15) par l'emploi de la procédure de la *cognitio*. Ce n'est pas parce que la loi *Ælia Sentia* est quelquefois accolée à la *revocatio in servitutem* que l'on doit croire qu'elle l'a créée. Elle a peut-être donné le branle à cette réforme en exigeant une détermination précise des *operae*, qui en revanche devaient faire l'objet, de la part de l'affranchi, de prestations régulières, rien de plus (Kuntze, *Excurse*, p. 602).

Leist voit dans la *revocatio* une institution primitive et objecte à la théorie de sa tardive apparition la tendance générale du patronat *in mitius*. Mais un progrès si remarquable de la dureté à la douceur semble difficile si l'on veut bien constater que les relations entre patron et *libertus* n'ont guère changé de caractère depuis l'origine. Du reste la tendance *in mitius* n'est pas en droit romain un principe général : l'esclavage était plus supportable dans les premiers temps de la République que sous l'Empire.

Avec les restrictions rutiliennes relatives aux gains que les patrons pouvaient tirer de l'octroi de la liberté, il fallait que les prérogatives qu'on leur laissait : *obsequium*, *operae*, etc., fussent en revanche énergiquement sanctionnées : aussi le regime impérial en vint-il tout naturellement d'abord à réprimer l'ingratitude de l'affranchi par des amendes et des punitions corporelles, postérieurement par la *revocatio in servitutem*. Ces innovations sont bien dans l'esprit de l'Empire qui aime les réformes : résolution des donations pour cause d'ingratitude, rescision de l'émancipation pour mauvaise conduite. [*Frgta. Vaticana*, 272 ; *C., de Ing. lib.*, 8, 50, *Const. Unica*. Leist (V, p. 95) déclare, il est vrai, que ce sont là des vestiges d'un état ancien du droit, car la *Const. unica* se réfère à des *leges* forcément antérieures, mais est-ce bien solide ?]

Un point est assuré : c'est que les *liberti* dès avant les innovations impériales étaient soumis à la juridiction domestique du *manumissor* qui pouvait même les bannir. Mais c'est tout. Du reste, à une époque où le prêteur protège l'affranchi contre les *operæ serviles* et où l'affranchissement dans

les formes lie le patron comme un acte de droit public (si on feint dans la *m. m. vindicta* que le futur *libertus*, encore esclave, soit *civis*, c'est une fiction quasi légale), il semble difficile de pouvoir admettre l'existence d'une *revocatio in servitutem*. Il faut aussi écarter l'idée que l'état de *precario in libertate morari* peut subsister ; car, depuis les XII Tables et l'apparition des *m. m. nes censu et vindicta*, il a disparu.

Leist s'est uniquement, pour l'existence de la *revocatio*, basé sur le texte de Térence : « *Non muto factum* » dit le patron. « *Gaudeo* » répond l'affranchi. L'auteur en conclut que Sosie se réjouit de voir sa liberté ainsi affermie. Mais Donat a attribué à ce *gaudeo* un autre sens : « Je suis content de ce fait » signifie « Je ne m'en repens pas, je m'en tiens là » et l'exclamation du *libertus* perd la plus grande partie de son caractère confirmatif du *non muto factum*... Certains éditeurs ont même proposé la correction : « *Non muto* ! *Factum gaudeo* ». C'est inutile : ici *factum* est mis pour *quod feci : Quod feci, non muto.* (Cf. Plaute, *Bacch.*, V, 2, 82 ; Cicéron, *Ep.* II, 26, 5 et I, 4, 2) Si l'on veut avec Leist voir dans le texte de Térence une allusion à une *revocatio in servitutem* bien antérieure à l'époque impériale, ne faut-il pas plûtôt supposer ici une simple mention d'une institution empruntée au droit grec ? (Valère-Maxime, 2, 66.)

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION Pages

Définition du serment promissoire; nature et emploi... 1

CHAPITRE PREMIER

Du serment promissoire dans quelques sociétés antiques et spécialement à Rome.

SECTION I. — **Aperçu de droit comparé.**

A.— Le serment promissoire en droit grec 5
B.— Le serment promissoire en droit hébraïque 8
C. – Le serment promissoire en droit égyptien 11

SECTION II. — **Les formes du serment romain.**

I. — *La théorie de Brissaud* :
a) Prise des auspices 15
b) Le *præire verbis*..... 15
c) Le *jusjurandum* : α) les gestes..... 16
β) les *verba* 17

II. — *La théorie de Danz* :
α) Les *concepta verba*..... 22
β) La *rogatio testium*..... 24
γ) Le *testari deos*..... 24
δ) La *precatio* 26

SECTION III. — **Les effets du serment romain.**

I. — *Nature du lien obligatoire dans le serment*..... 28
II.— *Les sanctions du serment promissoire*..... 31

Pages

A. — Sanctions séculières et juridiques :

α) La théorie de Danz..... 31
β) Les critiques et la doctrine de Pernice..... 35

B. — Sanctions extraséculières :

α) Sanctions morales..... 40
β) Sanctions religieuses..... 43
I. — Théorie de Pernice..... 43
II. — Théorie de Danz..... 45
III. — Critique. Autres doctrines. Décadence du *jusjurandum*..... 48

Section IV. — **La « sponsio » et le serment.**

I. — La *sponsio*, dérivé du serment..... 58
II. — Critiques de la doctrine *sponsio*-serment..... 63
III. — La conception de Pernice :
α) Critique de la théorie classique..... 70
β) Nature de la *sponsio*..... 72

Section V. — **Nature et rôle de la « Fides », liaison entre l'acte religieux et l'acte formaliste.**

L'évolution de la *Fides :* divinité, puis nécessité pratique. 74

Section VI. — **Résultat de l'évolution : la « promissio », transition à la stipulation.** 82

CHAPITRE II

Le serment promissoire en droit classique : le « jusjurandum liberti ».

Titre I. — Les *operæ liberti.*

Section I. — **La théorie classique.**

A. — *La doctrine de Karlowa : fabriles et officiales*... 90
B. — *Les idées de Leist*..... 102
C. — *Généralités sur le jj. liberti et ses cas d'application en matière d'operæ*..... 106

Pages

Section II. — **La situation de l'affranchi vis-à-vis du patron : la coercition indirecte aux « operæ ».**

A. — Drusus et l'*addictio in libertatem* 120
B. — Les *onerandæ libertatis causa* 124
C. — La *revocatio in servitutem* et l'*ingrati accusatio*. 126
D. — L'interdit *de liberto exhibendo* 129

Section III. — **Critiques adressées par M. Mitteis à la théorie classique de la distinction entre les « operæ ».**

A. — L'échéance des *operæ* 134
B. — La transmissibilité héréditaire 138
C. — La *naturalis obligatio* 141
D. — L'autorité d'Ulpien 143
E. — Résultats proposés par M. Mitteis 144
F. — Quelques remarques sur cette théorie. Résultats acquis 147

Titre II. — Le *judicium operarum*.

Section I. — **Conjectures proposées par les auteurs.**

A. — Premier Groupe.

a) Le *judicium operarum*, action civile (Lenel, Karlowa, Girard, Bertolini, Jobbé-Duval) 153

Une évolution : thèse de Pernice. 158

b) Le *judicium operarum*, action prétorienne (Cuq) 165

B. — 2e Groupe.

Théorie de Segré : l'*actio operarum*, d'abord prétorienne et relative au *jj.* se transforme en action civile après l'extension des cas d'application du contrat *verbis*... 167

Section II. — **Systématisation des Doctrines.**

A. — La doctrine de M. Thélohan.

Action civile *certæ rei*.

I. Le *dare operas* 178
II. La théorie des *operæ-res* 183
III. La répétition des *operæ* et leur nature de *res datæ*.. 191
IV. Les principes et l'explication des textes 199

Pages

B. — La doctrine de M. Biondi.

ACTION PRÉTORIENNE *certæ pecuniæ.*

I. L'édit. Critique des doctrines proposées 205
II. Nature du *judicium operarum* 208
III. Structure du *judicium operarum*..... 211
IV. Passage du *judicium* aux héritiers 215
V. L'origine du *judicium* 221
VI. Son évolution 224

CONCLUSION

Quelques objections à la théorie de M. Thélohan. Avantages à adopter celle de M Biondi. L'évolution du serment promissoire : rôle des Pontifes, du préteur et des juristes..... .. 227

Imp. R. de Thorey, Dijon

ERRATA

Page 3, ligne 29, au lieu de : *Plaute Baeck, IV, 9; 105*, lire : *IV, 9, 105;*
— 17, ligne 5, au lieu de : *A cette phrase*, lire : *phase.*
— 23, note 1, ligne 11, au lieu de : *in mente*, lire : *in mente.*
— 40, note 6, ligne 1, au lieu de : *De Off. II, 31*, lire : *III, 31.*
— 48, III, ligne 2, au lieu de : *les suites de l'impiété sont excommunication*, lire : *sont une excommunication.*
— 48, note 1, ligne 9, au lieu de : *leges sacratiæ*, lire : *leges sacratæ.*
— 60, ligne 4, au lieu de : *se dévolopper*, lire : *se développer.*
— 62, ligne 11 de la note, au lieu de : *serleux motifs*, lire : *sérieux motifs.*
— 67, ligne 34, au lieu de : *valeur les données*, lire : *valeur des données.*
— 77, ligne 2, au lieu de : *cérémoniale*, lire : *cérémonial.*
— 105, note 3, ligne 11, au lieu de : *obligatlon*, lire : *obligation.*
— 106, ligne 6, au lieu de : *tibi impositiae sunt*, lire : *impositae*
— 107, note 4, ligne 16, au lieu de : *ut hi religiono*, lire : *religione.*
— 116, note 2, ligne 3, au lieu de : *De re rustiea*, lire : *rustica.*
— 123, ligne 8, au lieu de : *il ne semble pas*, lire : *il ne le semble pas.*
— 124, ligne 8, au lieu de : *constation*, lire : *constatation.*
— 155, au lieu de : (3) *das Edictum* [1].
(4) *de jurisdict. Edictum, p. 140.*
lire : (3) *de jurisdict. Edictum, p. 140.*
(4) *das Edictum* [1].
— 167, note 1, ligne 1, au lieu de : *el note 7*, lire : *et note 7.*
— 192, note 1, au lieu de : *lbidem*, lire : *ibidem.*
— 192, note 2, au lieu de : *p. 396*, lire : *p. 596.*
— 212, note 3, ligne 2, au lieu de : *creditae pecunia*, lire : *pecuniae.*
— 217, ligne 17, au lieu de : *quooqu'il n'y ait*, lire : *quoiqu'il n'y ait.*
— 223, note 3, ligne 8, au lieu de : *Paul, Senti*, lire : *Sententiae.*
— 243, note 1, ligne 3, au lieu de : *que ses passages*, lire : *que ces passages.*
— 245, lignes 4 et 5, au lieu de : *On a la loi dit que Ælia Sentia*, lire : *On a dit que la loi Ælia Sentia.*
— 249, note 1, ligne 4, au lieu de : *Leist (V, p. 95)*, lire : *p. 93.*